

بَابُ الْوَلِيِّ

(هو) لغة: خلاف العدو. وعرفاً: العارف بالله تعالى. وشرعاً: (البالغ العاقل الوارث) ولو فاسقاً على المذهب ما لم يكن منتهكاً، وخرج نحو صبي ووصي

وبما قلنا يحصل التوفيق بين كلاميه ما لم يثبت الفرق بين الأب وغيره، وقد علمت من عبارة الظهيرية عدمه، وأن الجواز في الأب ثابت بالأولى، ولم نر أحداً صرح بتصحيح خلاف هذا حتى يتبع، فافهم.

بَابُ الْوَلِيِّ

لما ذكر النكاح وألفاظه ومحلّه شرع في بيان عاقده، وأخره لأنه ليس من شروط صحته في جميع الصور، والولي فعيل بمعنى فاعل ط. قوله: (وعرفاً) أي في عرف أهل أصول الدين. قال في البحر: وفي أصول الدين هو العارف بالله تعالى بأسمائه وصفاته حسبما يمكن المواظب على الطاعات المجتنب عن المعاصي الغير المنهك في الشهوات واللذات كما في شرح العقائد ح. قوله: (الوارث) كذا في الفتح وغيره. قال الرملي: وذكره مما لا ينبغي، إذ الحاكم ولي وليس بوارث اه.

قلت: وكذا سيد العبد بالتعريف خاص بالولي من جهة القرابة. قوله: (على المذهب) وما في البيزانية من أن الأب أو الجد إذا كان فاسقاً، فللقاضي أن يزوج من الكفاء. قال في الفتح: إنه غير معروف في المذهب. قوله: (ما لم يكن منتهكاً) في القاموس: رجل منتهك ومنتهك ومستتهك: لا يبالي أن يهتك ستره اه. قال في الفتح عقب ما نقلنا عنه آتفاً: نعم إذا كان منتهكاً لا ينفذ تزويجه إياها بنقص عن مهر المثل ومن غير كفاء، وسيأتي هذا اه.

وحاصله أن الفسق وإن كان لا يسلب الأهلية عندنا، لكن إذا كان الأب منتهكاً لا ينفذ تزويجه إلا بشرط المصلحة، ومثله ما سيأتي من قول المصنف «ولزم ولو بغبن فاحش أو بغير كفاء إن كان الولي أباً أو جداً لم يعرف منهما سوء الاختيار وإن عرف لا اه. وبه ظهر أن الفاسق المنتهك وهو بمعنى سيء الاختيار لا تسقط ولايته مطلقاً، لأنه لو زوّج من كفاء بمهر المثل صح كما سيأتي بيانه، وهذا خلاف ما مر عن البيزانية، ولا يمكن التوفيق بحمل ما مر على هذا لأن قوله فللقاضي أن يزوج من الكفاء يقتضي سقوط ولاية الأب أصلاً، فافهم. قوله: (نحو صبي) أي كمجنون ومعتوه، غير أن الصبي خرج بقوله البالغ والمجنون والمعتوه بالعاقل ط. قوله: (ووصي) أي ونحو وصي ممن ليس بوارث كعبد وككافر له بنت مسلمة ومسلم له بنت كافرة كما سيأتي؛ نعم لو كان الوصي قريباً أو حاكماً يملك التزويج بالولاية كما سيأتي

مطلقاً على المذهب (والولاية تنفيذ القول على الغير) تثبت بأربع: قرابة، وملك، وولاء، وإمامة (شاء أو أبي) وهي هنا نوعان: ولاية ندب على المكلفة ولو بكرأ، وولاية إجبار على الصغيرة ولو ثيباً

في الشرح عند بيان الأولياء. قوله: (مطلقاً على المذهب) أي سواء أوصى إليه الأب بذلك أم لا، وفي رواية يجوز، وكذا سواء عين له الموصي رجلاً في حياته أو لا، خلافاً لما في فتح القدير كما سيأتي. قوله: (والولاية الخ) بفتح الواو، وما ذكره تعريفها الفقهي كما في البحر، وإلا فمعناها اللغوي المحبة والنصرة كما في المغرب، لكن ما ذكره تعريف لأحد نوعيها، وهو ولاية الإجبار بقريئة قوله «وهي هنا نوعان». وأفاد أن المذكور في المتن غير خاص بهذا الباب، بل منه ولاية الوصي وقيم الوقف وولاية وجوب صدقة الفطر بناء على أن المراد بتنفيذ القول ما يكون في النفس أو في المال أو فيهما معاً، والمراد في هذا الباب ما يشمل الأول والثالث دون الثاني. قوله: (تثبت) أي الولاية المذكورة، والمراد هنا ولاية الإجبار في هذا الباب فقط ففيه شبهة الاستخدام، وإلا فالولاية المعرفة أعم كما علمت؛ وحيث كانت أعم فليس المراد بها الثابتة لخصوص الولي المعروف بالبالغ العاقل الوارث حتى يرد أنه ليس في الملك والإمامة إرث، وحيث فلا حاجة إلى التكلف في الجواب بأن المراد بالإرث المأخوذ في تعريف الولي هو أخذ المال بعد الموت من باب عموم المجاز؛ فالإمام يأخذ مال من لا وارث له ليضعه في بيت المال، والولي يأخذ كسب عبده المأذون في التجارة بعد موته، وإن لم يكن ذلك إرثاً حقيقة فإنه كما قال ط: لا دليل على هذا المجاز، والتعريف يضان عن مثل هذا، فافهم. قوله: (قرابة) دخل فيها العصباء والأرحام. قوله: (وملك) أي ملك السيد لعبده أو أمته. قوله: (وولاء) أي ولاء العتاقة والموالة كما سيأتي. قوله: (وإمامة) دخل فيها القاضي المأذون بالتزويج؛ لأنه نائب عن الإمام. قوله: (شاء أو أبي) احتراز به عن ولاية الوكيل. قوله: (وهي هنا) فيه شبهة الاستخدام، لأن الولاية المعرفة خاصة بولاية الإجبار، وقيد بقوله: «هنا» احتراز عن الولاية في غير النكاح كما قدمناه. قوله: (ولاية ندب) أي يستحب للمرأة تفويض أمرها إلى وليها كي لا تنسب إلى الوقاحة. بحر. وللخروج من خلاف الشافعي في البكر، وهذه في الحقيقة ولاية وكالة. قوله: (على المكلفة) أي البالغة العاقلة. قوله: (ولو بكرأ) الأولى أن يقول «ولو ثيباً ليفيد أن تفويض البكر إلى وليها يندب بالأولى لما علمته من علة الندب، إلا أن يكون مراده الإشارة إلى خلاف الشافعي بقريئة ما بعده: أي أنها تندب لا تجب ولو بكرأ عندنا خلافاً له. قوله: (ولو ثيباً) أشار إلى خلاف الشافعي فإنه يقول: إن ولاية الإجبار منوطة بالبكاره فيزوجها بلا إذنها ولو بالغاً، لا إن كانت ثيباً ولو صغيرة،

ومعتوهة ومرفوقة، كما أفاده بقوله (وهو) أي الولي (شرط) صحة (نكاح صغير ومجنون ورقيق) لا مكلفة (فنفذ نكاح حرّة مكلفة بلا) رضا (ولي) والأصل أن كل من تصرف في ماله تصرف في نفسه، وما لا فلا (وله) أي للولي

فالثيب الصغيرة لا تزوج عنده ما لم تبلغ لسقوط ولاية الأب. قوله: (ومعتوهة ومرفوقة) بالجر فيهما عطفاً على قوله «الصغيرة» لعدم تقيدهما بالصغر، والأولى تعريفهما بأل لثلا يتوهم عطفهما على ثيباً. قوله: (صغير الخ) الموصوف محذوف: أي شخص صغير الخ، فيشمل الذكر والأنثى. قوله: (لا مكلفة) الأولى زيادة حرة ليقابل الرقيق ط. وهذا تصريح بمفهوم المتن ذكره ليفيد أن قوله «فنفذ» مفرع عليه. قوله: (فنفذ الخ) أراد بالنفاد الصحة، وترتب الأحكام من طلاق وتوارث وغيرها لا اللزوم، إذ هو أخص منها لأنه ما لا يمكن نقضه، وهذا يمكن رفعه إذا كان من غير كفاء، فقوله في الشرنبلالية: أي ينعقد لازماً في إطلاقه نظر. واحترز بالحرّة عن المرفوقة ولو مكاتبه أو أم ولد وبالمكلفة عن الصغيرة والمجنونة، فلا يصح إلا بولي كما قدمه، وأما حديث «أَيُّمَا أَمْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلَيْهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»^(١) وحسنه الترمذي، وحديث «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ»^(٢) رواه أبو داود وغيره، فمعارض بقوله ﷺ «أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»^(٣) رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ، والأيم من لا زوج لها بكرراً أو لا، فإنه ليس للولي إلا مباشرة العقد إذا رضيت، وقد جعلها أحق منه به، ويترجح هذا بقوة السند والاتفاق على صحته، بخلاف الحديثين الأولين فإنهما ضعيفان أو حسنان؛ أو يجمع بالتخصيص، أو بأن النفي للكمال، أو بأن يراد بالولي من يتوقف على إذنه: أي لا نكاح إلا بمن له ولاية لينفي نكاح الكافر للمسلمة والمعتوهة والعبد والأمة، والمراد بالباطل حقيقته على قول من لم يصح ما باشرته من غير كفاء، أو حكمه على قول من يصححه: أي للولي أن يبطله وكل ذلك سائغ في إطلاقات النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة وتام الكلام على ذلك مبسوط في الفتح. قوله: (والأصل الخ) عبارة البحر: والأصل هنا أن كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه الخ فإنه يخرج الصبي المأذون، فإنه وإن جاز تصرفه في ماله لكن لا بولاية نفسه؛ لكن يرد على العكس المحجورة فإنها تملك النكاح وإن لم تملك التصرف في مالها على قولهما بالحجر

(١) أخرجه الشافعي ١١/٢ (١٩) وأحمد ٦٦/٦ والدارمي ١٣٧/٢ وأبو داود ٥٦٦/٢ (٢٠٨٣) والترمذي ٣/٤٠٧ (١١٠٢) وابن ماجه ٦٠٥/١ (١٨٧٩) والهيثمى في الموارد ص ٣٠٥ (١٢٤٨) والحاكم ٢/١٦٨.

(٢) أخرجه أحمد ٤/٣٩٤ والدارمي ١٣٧/٢ وأبو داود ٥٦٨/٢ (٢٠٨٥) والترمذي ٤٠٧/٣ (١١٠١) وابن ماجه ٦٠٥/١ (١٨٨١) وابن حبان ذكره الهيثمى في الموارد ص ٣٠٤ (١٢٤٣) والحاكم ٢/١٦٩.

(٣) مسلم ٢/١٠٣٧ (١٤٢١/٦٦٠).

(إذا كان عصبه) ولو غير محرم كابن عم في الأصح. خانبة. وخرج ذوو الأرحام والأم، وللقاضي (الاعتراض في غير الكفاءة) فيفسخه القاضي ويتجدد بتجدد النكاح (ما لم) يسكت حتى (تلد منه) لثلا يضيع الولد، وينبغي إلحاق الحبل الظاهر به (ويفتى) في غير الكفاءة

على الحرّ فالأصل مبني على قول الإمام. تأمل. قوله: (إذا كان عصبه) أي بنفسه، فلا يرد العصبه بالغير كالبنات مع الابن، ولا العصبه مع الغير كالأخت مع البنت كما في البحر. قوله: (في غير الكفاءة) أي في تزويجها نفسها من غير كفاءة، وكذا له الاعتراض في تزويجها نفسها بأقل من مهر مثلها، حتى يتم مهر المثل أو يفرق القاضي كما سيذكره المصنف في باب الكفاءة. قوله: (فيفسخه القاضي) فلا تثبت هذه الفرقة إلا بالقضاء لأنه مجتهد فيه، وكل من الخصمين يتشبه بدليل، فلا ينقطع النكاح إلا بفعل القاضي، والنكاح قبله صحيح يتوارثان به إذا مات أحدهما قبل القضاء، وهذه الفرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق، ولا يجب عندها شيء من المهر إن وقعت قبل الدخول وبعده لها المسمى، وكذا بعد الخلوة الصحيحة، وعليها العدة ولها نفقة العدة لأنها كانت واجبة. فتح. ولها أن لا تمكنه من الوطاء حتى يرضى الولي كما اختاره الفقيه أبو الليث، لأن الولي عسى أن يفرق فيصير وطء شبهة؛ وأما على المفتى به الآتي فهو حرام لعدم الانعقاد. أفاده في البحر. قوله: (ويتجدد) أي اعتراض الولي بتجدد النكاح، كما لو زوجها الولي بإذنها من غير كفاءة فطلقها ثم زوجت نفسها منه ثانياً كان لذلك الولي التفريق، ولا يكون الرضا بالأول رضا بالثاني. فتح. وقيد بتجديد النكاح لأنه لو طلقها رجعيًا ثم راجعها في العدة ليس للولي الاعتراض كما ذكره في الذخيرة. قوله: (ما لم يسكت حتى تلد) زاد لفظ «يسكت» للإشارة إلى أن سكوته قبل الولادة لا يكون رضا، وأن هذه ليست من المسائل التي نزل فيها السكوت منزلة القول كما ستأتي الإشارة إليها، ويفهم منه أنه لو لم يسكت بل خاصم حين علم فكذلك بالأولى، فافهم؛ لكن يبقى الكلام فيما لو لم يعلم أصلاً حتى ولدت فهل له حق الاعتراض؟ ظاهر المتن لا، وظاهر الشرح نعم. تأمل. قوله: (لثلا يضيع الولد) أي بالتفريق بين أبويه، فإن بقاءهما مجتمعين على تربيته أحفظ له بلا شبهة، فافهم. قوله: (وينبغي الخ) البحث لصاحب البحر. قوله: (ويفتى في غير الكفاءة الخ) قيد بذلك لثلا يتوهم عوده إلى قوله «فينفذ نكاح الخ» وللاحتراز عما لو تزوجت بدون مهر المثل، فقد علمت أن للولي الاعتراض أيضاً، والظاهر أنه لا خلاف في صحة العقد، وأن هذا القول المفتى به خاص بغير الكفاءة كما أشار إليه الشارح، ولم أر من أجرى هذا القول في المسألتين، والفرق إمكان الاستدراك بإتمام مهر المثل، فلذا قالوا له

(بعدم جوازه أصلاً) وهو المختار للفتوى (لفساد الزمان) فلا تحل مطلقة ثلاثاً
نكحت غير كفاء بلا رضا وليّ بعد معرفته إياه فليحفظ (و) بناء (على الأول)

الاعتراض حتى يتم مهر المثل أو يفرق القاضي، فإذا أتم المهر زال سبب الاعتراض،
بخلاف عدم الكفاءة، هذا ما ظهر لي، فافهم. قوله: (بعدم جوازه أصلاً) هذه رواية
الحسن عن أبي حنيفة، وهذا إذا كان لها وليّ لم يرض به قبل العقد فلا يفيد الرضا
بعده. بحر. وأما إذا لم يكن لها وليّ فهو صحيح نافذ مطلقاً اتفاقاً كما يأتي، لأن وجه
عدم الصحة على هذه الرواية دفع الضرر عن الأولياء، أما هي فقد رضيت بإسقاط
حقها. فتح. وقول البحر: لم يرض به يشمل ما إذا لم يعلم أصلاً فلا يلزم التصريح
بعدم الرضا بل السكوت منه لا يكون رضا كما ذكرنا. فلا بد حيثئذ لصحة العقد من
رضاه صريحاً، وعليه فلو سكت قبله ثم رضي بعده لا يفيد، فليتأمل. قوله: (وهو
المختار للفتوى) وقال شمس الأئمة: وهذا أقرب إلى الاحتياط، كذا في تصحيح
العلامة قاسم، لأنه ليس كل وليّ يحسن المرافعة والخصومة؛ ولا كل قاض يعدل؛ ولو
أحسن الوليّ وعدل القاضي فقد يترك أنفة للتردد على أبواب الحكام، واستثقلاً لنفس
الخصومات فيتقرّر الضرر فكان منعه دفعا له. فتح. قوله: (نكحت) نعت لمطلقة،
وقوله «بلا رضا» متعلق بنكحت، وقوله «بعد» ظرف للرضا، والضمير في «معرفته»
للولي وفي «إياه» لغير الكفاء، وقوله «بلا رضا» نفي منصبّ على المقيد الذي هو رضا
الولي والمقيد الذي هو بعد معرفته إياه، فيصدق بنفي الرضا بعد المعرفة وبعدمها
وبوجود الرضا مع عدم المعرفة، ففي هذه الصور الثلاثة لا تحل وإنما تحل في الصورة
الرابعة وهي رضا الولي بغير الكفاء مع علمه بأنه كذلك اهـ ح.

قلت: والأنسب أن يقول مع علمه به عيناً لما في البحر: لو قال الولي:
رضيت بتزوجها من غير كفاء، ولم يعلم بالزوج عيناً هل يكفي؟ صارت حادثة
الفتوى. وينبغي لا يكفي لأن الرضا بالمجهول لا يصح كما ذكره في الخانية فيما إذا
استأذنها الولي ولم يستمّ الزوج فقال لأن الرضا بالمجهول لا يتحقق، ولم أره
منقولاً اهـ. وأقره في النهر لكن ليس على عمومه، لما سيأتي في كلام الشارح أنها لو
فوّضت الأمر إليه يصح كقولها زوجني ممن تختاره ونحوه. قال الخير الرملي: ومقتضاه
أن الولي لو قال لها أنا راض بما تفعلين أو زوجي نفسك ممن تختارين ونحوه أنه
يكفي، وهو ظاهر لأنه فوّض الأمر إليها ولأنه من باب الإسقاط اهـ. قوله: (فليحفظ)
قال في الحقائق شرح المنظومة النسفية: وهذا مما يجب حفظه لكثرة وقوعه اهـ. وقال
الكمال: لأن المحلل في الغالب يكون غير كفاء، وأما لو باشر الولي عقد المحلل
فإنها تحل للأول اهـ. وفي البحر: وهذا كله إذا كان لها ولي، وإلا فهو صحيح مطلقاً

وهو ظاهر الرواية (فرضا البعض) من الأولياء قبل العقد أو بعده (كالكل) لثبوته لكل كلاً كولاية أمان وقود، وسنحققه في الوقف (لو استووا في الدرجة، وإلا فلأقرب) منهم (حق الفسخ، وإن لم يكن لها ولي فهو) أي العقد (صحيح) نافذ (مطلقاً) اتفاقاً (وقبضه) أي ولي له حق الاعتراض

اتفاقاً. قوله: (وهو ظاهر الرواية) وبه أفتى كثير من المشايخ، فقد اختلف الإفتاء. بحر. لكن علمت أن الثاني أقرب إلى الاحتياط. قوله: (قبل العقد أو بعده) فيه أن الرضا قبل العقد يصح على كل من الأول والثاني، وأما المبني على الأول فقط فهو الرضا بعد العقد، فإنه يصح عليه لا على الثاني المفتى به كما قدمناه عن البحر، وكلام المتن يوهم أنه على الثاني لا يكون رضا البعض كالكل، ولا وجه له، ولعل الشارح قصد بما ذكره دفع هذا الإيهام. تأمل. قوله: (لثبوته لكل كلاً) لأنه حق واحد لا يتجزأ، لأنه ثبت بسبب لا يتجزأ. بحر. قوله: (كولاية أمان وقود) فإذا أمن مسلم حربياً ليس لمسلم آخر أن يتعرض للحربيّ أو لماله؛ وإذا عفا أحد أولياء القصاص ليس لولي آخر طلبه ح. قوله: (وسنحققه في الوقف) حيث زاد على ما هنا مما يقوم فيه البعض مقام الكل بعض مستحقي الوقف ينتصب خصماً عن الكل، وكذا بعض الورثة، وكذا إثبات الإعسار في وجه أحد الغرماء، وولاية المطالبة بإزالة الضرر العام عن طريق المسلمين. قوله: (ولا الخ) أي وإن لم يستووا في الدرجة، وقد رضي الأبعد فلأقرب الاعتراض. بحر عن الفتح وغيره. قوله: (وإن لم يكن لها ولي الخ) أي عصبية كما مر، والأولى التعبير به، وهذا الذي ذكره المصنف من الحكم ذكره في الفتح بحثاً بصيغة: ينبغي أخذاً من التعليل بدفع الضرر عن الأولياء، وأنها رضيت بإسقاط حقها، وجزم به في البحر فتبعه المصنف، والظاهر أنه لو كان لها عصبية صغير فهو بمنزلة من لا ولي لها لأنه لا ولاية له، وكذا لو كان عبداً أو كافراً كما سيشير إليه الشارح عند قوله «الولي في النكاح العصبية الخ» كما سنبينه هناك، وعلى هذا فلو بلغ أو عتق أو أسلم لا يتجدد له حق الاعتراض. وأما لو كان لها عصبية غائب فهو كالحاضر، لأن ولايته لا تنقطع، بدليل أنه لو زوج الصغيرة حيث هو صح، وإن كان لها ولي آخر حاضر على ما فيه من الخلاف كما سيأتي، والظاهر أيضاً أن هذا في البالغة؛ أما الصغيرة فلا يصح لأنها لم ترض بإسقاط حقها؛ ألا ترى أنها لو كان لها عصبية فزوجها غير كفاء لم يصح، فكذا إذا لم يكن لها عصبية، هذا كله ما ظهر لي تفقهاً من كلامهم ولم أره صريحاً. قوله: (مطلقاً) أي سواء نكحت كفواً أو غيره ح. قوله: (اتفاقاً) أي من القائلين برواية ظاهر المذهب والقائلين برواية الحسن المفتى بها. قوله: (أي ولي له حق الاعتراض) يوهم أن الولي في قوله (وإن

(المهر ونحوه) مما يدل على الرضا (رضاً) دلالة إن كان عدم الكفاءة ثابتاً عند القاضي قبل مخاصمته، وإلا لم يكن رضا كما (لا) يكون (سكوته) رضا ما لم تلد، وأما تصديقه بأنه كفاء، فلا يسقط حق الباقيين. مبسوط (ولا تجبر البالغة البكر على النكاح) لانقطاع الولاية بالبلوغ (فإن استأذنها هو) أي الولي وهو السنة (أو وكيله أو رسوله أو زوجها) وليها

لم يكن لها ولي المراد به ما يشمل الأرحام وليس كذلك كما علمت، فالمناسب ذكر هذا التفسير هناك ليعلم المراد في الموضوعين، ويرتفع الإيهام المذكور. قوله: (ونحوه) بالرفع عطفاً على «قبضه» أي ونحو قبض المهر كقبض النفقة، أو المخاصمة في أحدهما وإن لم يقبض، وكالتجهيز ونحوه. فتح. قوله: (إن كان الخ) كذا ذكره في الذخيرة، وأقره في البحر والنهر والشرنبلالية وشرح المقدسي، وظاهره أن هذا شرط في الرضا دلالة فقط، وأن مجرد العلم بعدم الكفاءة لا يكفي هنا، بخلاف الرضا الصريح حيث يكفي فيه العلم فقط، لكن هذا مخالف لإطلاق المتون، ولم يذكره في الفتح ولا في كافي الحاكم الذي جمع كتب ظاهر الرواية، وأيضاً فوجهه غير ظاهر، إلا أن يكون الفرق انحطاط رتبة الدلالة عن الصريح، فليتأمل.

وصورة المسألة: أن تكون هذه المرأة تزوجت غير كفاء فخاصم الولي وأثبت عند القاضي عدم الكفاءة، فقبض الولي المهر قبل التفريق أو فرض القاضي بينهما ثم تزوجته ثانياً بلا إذن الولي فقبض المهر. قوله: (كما لا يكون الخ) مكرّر بقوله المار «ما لم يسكت حتى تلد». قوله: (وأما تصديقه الخ) قال في البحر: قيد بالرضا لأن التصديق بأنه كفاء من البعض لا يسقط حق من أنكرها. قال في المبسوط: لو ادعى أحد الأولياء أن الزوج كفاء وأثبت الآخر أنه ليس بكفاء يكون له أن يطالبه بالتفريق، لأن المصدق ينكر سبب الوجوب، وإنكار سبب الشيء لا يكون إسقاطاً له.

وفي الفوائد التاجية: أقام وليها شاهدين بعدم الكفاءة وأقام زوجها بالكفاءة، لا يشترط لفظ الشهادة لأنه إخبار اهـ. قوله: (ولا تجبر البالغة) ولا الحرّ البالغ والمكاتب والمكاتب ولو صغيرين. ح عن القهستاني. قوله: (البكر) أطلقها فشمّل ما إذا كانت تزوجت قبل ذلك، وطلقت قبل زوال البكارة فتزوج كما تزوج الأبكار، نص عليه في الأصل. بحر. قوله: (وهو السنة) بأن يقول لها قبل النكاح فلان يخطبك أو يذكرك فسكتت، وإن زوجها بغير استثمار فقد أخطأ السنة وتوقف على رضاها. بحر عن المحيط. واستحسن الرحمتي ما ذكره الشافعية من أن السنة في الاستئذان أن يرسل إليها نسوة ثقات ينظرن ما في نفسها، والأم بذلك أولى لأنها تطلع على ما لا يطلع عليه غيرها اهـ. قوله: (أو وكيله أو رسوله) الأول أن يقول: وكلتك تستأذن لي فلانة في

وأخبرها رسوله أو فضولي عدل (فسكتت) عن رده مختارة (أو ضحكت غير مستهزئة أو تبسمت أو بكت بلا صوت) فلو بصوت لم يكن إذناً ولا رداً حتى لو رضيت بعده انعقد. معراج وغيره، فما في الوقاية والملتقى فيه نظر

كذا، والثاني أن يقول: اذهب إلى فلانة وقل لها إن أخاك فلاناً يستأذنك في كذا. قوله: (وأخبرها رسوله الخ) أفاد أن قول المصنف «أو زوّجها» محمول على ما إذا زوّجها في غيبتها، وهذا وإن كان خلاف المتبادر منه، لكن يرجحه دفع التكرار مع قوله الآتي «وكذا إذا زوجها عندها فسكتت».

وفي البحر: واختلف فيما إذا زوجها غير كفاء فبلغها فسكتت، فقالا لا يكون رضا. وقيل في قول أبي حنيفة: يكون رضا، إن كان المزوج أباً أو جداً، وإن كان غيرها فلا، كما في الخانية أخذاً من مسألة الصغيرة المزوجة من غير كفاء اهـ. قال في النهر: وجزم في الدراية بالأول بلفظ قالوا. قوله: (أو فضولي عدل) الشرط في الفضولي العدالة أو العدد، فيكفي إخبار واحد عدل أو مستورين عند أبي حنيفة، ولا يكفي إخبار واحد غير عدل، ولها نظائر ستأتي في متفرقات القضاء. قوله: (فسكتت) أي البكر البالغة، بخلاف الابن الكبير فلا يكون سكوته رضا حتى يرضى بالكلام. كافي الحاكم. قوله: (عن رده) قيل به، إذ ليس المراد مطلق السكوت، لأنها لو بلغها الخبر فتكلمت بأجنبي فهو سكوت هنا فيكون إجازة؛ فلو قالت الحمد لله اخترت نفسي، أو قالت: هو دباغ لا أريده، فهذا كلام واحد فهو ردّ. بحر. قوله: (مختارة) أما لو أخذها عطاس، أو سعال حين أخبرت، فلما ذهب قالت لا أرضى، أو أخذ فمها ثم ترك فقالت ذلك، صح ردها لأن سكوتها كان عن اضطرار. بحر. قوله: (غير مستهزئة) وضحك الاستهزاء لا يخفى على من يحضره، لأن الضحك إنما جعل إذناً لدلالته على الرضا، فإذا لم يدل على الرضا لم يكن إذناً. بحر وغيره. قوله: (أو بكت بلا صوت) هو المختار للفتوى لأنه حزن على مفارقة أهلها. بحر: أي وإنما يكون ذلك عند الإجازة. معراج. قوله: (فما في الوقاية والملتقى) أي من أنه هو والبكاء بلا صوت إذن ومعه رد. قوله: (فيه نظر) أي لمخالفته لما في المعراج، ولا يخفى ما فيه، فإن ما في الوقاية والملتقى ذكر مثله في النقاية والإصلاح والمتون مقدمة على الشروح.

وفي الشارح الجامع الصغير لقاضيخان: وإن بكت كان رداً في إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وعنه في رواية: يكون رضا. قالوا: إن كان البكاء عن صوت وويل لا يكون رضا، وإن كان عن سكوت فهو رضا اهـ. وبه ظهر أن أصل الخلاف في أن البكاء هل هو رد أو لا، وقوله قالوا الخ توفيق بين الروايتين، فمعنى لا يكون رضا أنه يكون رداً كما فهمه صاحب الوقاية وغيره، وصرح به أيضاً في الذخيرة حيث قال بعد

(فهو إذن) أي توكيل في الأول إن اتحد الولي، فلو تعدد الزوج لم يكن سكوتها إذناً وإجازة في الثاني إن بقي النكاح لا لو بطل بموته، ولو قالت بعد موته: زوّجني أبي بأمرني وأنكرت الورثة فالقول لها فترث وتعتد، ولو قالت: بغير أمرني لكنه بلغني فرضيت فالقول لهم وقولها غيره أولى منه ردّ قبل العقد لا بعده.

حكاية الروائيتين: وبعضهم قالوا إن كان مع الصياح والصوت فهو رد، وإلا فهو رضا، وهو الأجه وعليه الفتوى اهـ. كيف والبكاء بالصوت والويل قرينة على الرد وعدم الرضا؟ وعن هذا قال في الفتح بعد حكاية الروائيتين: والمعول اعتبار قرائن الأحوال في البكاء والضحك، فإن تعارضت أو أشكل احتيط اهـ. فقد ظهر لك أن ما في المعراج ضعيف لا يعول عليه. قوله: (فهو إذن) أي وإن لم تعلم أنه إذن كما في الفتح. قوله: (أي توكيل في الأول) أي فيما إذا استأذنها قبل العقد حتى لو قالت بعد ذلك لا أرضى ولم يعلم به الولي فزوّجها صح كما في الظهيرية، لأن التوكيل لا ينعزل حتى يعلم. بحر. قوله: (فلو تعدد المزوج الخ) عبارة البحر: ولو زوجها وليان متساويان كل واحد منهما من رجل فأجازتهما معاً بطلا لعدم الأولوية، وإن سكنت بقيا موقوفين حتى تميز أحدهما بالقول أو بالفعل، وهو ظاهر الجواب كما في البدائع اهـ.

ولا يخفى أن هذا في الإجازة والكلام الآن في التوكيل: أي الإذن قبل العقد، لكن الظاهر أن الحكم لا يختلف في الموضوعين إن زوّجها معاً بعد الاستئذان؛ أما لو استأذناها فسكنت فزوجها متعاقباً من رجلين ينبغي أن يصح السابق منهما لعدم المزاحم، فافهم. قوله: (وإجازة) عطف على توكيل، وقوله (في الثاني) أي فيما استأذنها بعد العقد، وهذا هو الأصح. وفي رواية: لا يكون السكوت بعد العقد رضا كما بسطه في الفتح، وقدمنا الخلاف أيضاً فيما إذا زوّجها غير كفاء فبلغها فسكنت. قوله: (لا لو بطل بموته) لأن الإجازة شرطها قيام العقد. بحر. قوله: (فالقول لها) لأن الأصل أن المسلم المكلف لا يعقد إلا العقد الصحيح النافذ. قوله: (فالقول لهم) لأنها أقرت أن العقد وقع غير تام، ثم ادعت النفاذ بعد ذلك فلا يقبل منها لمكان التهمة. بحر. وحيثئذ فلا ترث وهل تعتد؟ فإن كانت صادقة في نفس الأمر، فلا شك في وجوب العدة عليها ديانة وإلا فلا؛ نعم لو أرادت أن تتزوج تمنع مؤاخذه لها بقولها، وأما لو تزوجت ففي الذخيرة: لو تزوجت المرأة ثم ادعت العدة فقال الزوج: تزوجتك بعدها فالقول قوله لأنه يدعي الصحة اهـ. فلعله يقال هنا كذلك، لأن إقرارها السابق لم يثبت من كل وجه، هذا ما ظهر لي. قوله: (وقولها غيره) أي غير هذا الزوج. قوله: (رد قبل العقد لا بعده) فرقوا بينهما بأنه يحتمل الإذن وعدمه فقبل النكاح لم يكن النكاح، فلا يجوز بالشك، وبعده كان فلا يبطل بالشك، كذا في الظهيرية وهو مشكل،

ولو زوجها لنفسه فسكوتها رد بعد العقد لا قبله، ولو استأذنها في معين فردت ثم زوجها منه فسكتت صح في الأصح، بخلاف ما لو بلغها فردت ثم قالت: رضيت لم يجوز لبطلانه بالرد، ولذا استحسنا التجديد عند الزفاف، لأن الغالب إظهار النفرة عند فجأة السماع، ولو استأذنها فسكتت فوكل من يزوجها ممن سماه جاز إن عرف الزوج والمهر كما في القنية واستشكله في البحر بأنه ليس للوكيل

لأنه لا يكون نكاحاً إلا بعد الصحة، وهي بعد الإذن فالظاهر أنه ليس بإذن فيهما. بحر. وأصل الإشكال لصاحب الفتح. وأجاب عنه المقدسي بأن العقد إذا وقع ثم ورد بعده ما يحتمل كونه تقريراً له وكونه رداً ترجح بوقوعه احتمال التقرير، وإذا ورد قبله ما يحتمل الإذن وعدمه ترجح الرد لعدم وقوعه فيمنع من إيقاعه لعدم تحقق الإذن فيه. قوله: (ولو زوجها لنفسه الخ) محترز قول المصنف «أو زوجها» أي أن الولي لو تزوجها كابن العم إذا تزوج بنت عمه البكر البالغ بغير إذنها فبلغها فسكتت لا يكون رضا، لأنه كان أصيلاً في نفسه فضولياً في جانب المرأة فلم يتم العقد في قول أبي حنيفة ومحمد فلا يعمل الرضا، ولو استأمرها في التزويج من نفسه فسكتت، جاز إجماعاً. بحر عن الخانية.

والحاصل: أن الفضولي ولو من جانب إذا تولى طرفي العقد لا يتوقف عقده على الإجازة عندهما بل يقع باطلاً، بخلاف ما لو باشر العقد مع غيره من أصيل أو ولي أو وكيل أو فضولي آخر فإنه يتوقف اتفاقاً كما سيأتي في آخر باب الكفاءة. قوله: (فسكتت) أما لو قالت حين بلغها قد كنت قلت إنني لا أريد فلاناً ولم ترد على هذا، لم يجوز النكاح لأنها أخبرت أنها على إياها الأول. ذخيرة. قوله: (بخلاف ما لو بلغها الخ) لأن نفاذ التزويج كان موقوفاً على الإجازة، وقد بطل بالرد، والرد في الأول كان للاستئذان لا للتزوج العارض بعده؛ لكن قال في الفتح: الأوجه عدم الصحة، لأن ذلك الرد الصريح يضعف كون ذلك السكوت دلالة الرضا اهـ. وأقره في البحر. وقد يقال: إنه قد تكون علمت بعد ذلك بحسن حاله، وقد يكون ردها الأول خياء لما علمته من أن الغالب إظهار النفرة عند فجأة السماع، ولو كانت على امتناعها الأول صرحت بالرد كما صرحت به أولاً ولم تستح منه. قوله: (إن عرف) بالبناء للمجهول ونائب الفاعل ضمير المرأة^(١) والذي في البحر: إن عرفت. قوله: (والمهر) ينبغي أن يكون على الخلاف كما في مسألة المتن الآتية ح. قوله: (واستشكله في البحر الخ)

(١) في ط (قوله ضمير المرأة) لعل النسخة التي وقعت للمحشي ليس فيها لفظ «الزوج» وإلا فالنسخ التي بأيدينا ما رأيت بالهامش.

أن يوكل بلا إذن، فمقتضاه عدم الجواز أو أنها مستثناة (إن علمت بالزوج) أنه من هو لتظهر الرغبة فيه أو عنه، ولو في ضمن العام كجيرانني أو بني عمي لو يحصون وإلا لا ما لم تفوض له الأمر (لا) العلم (بالمهر) وقيل يشترط، وهو قول المتأخرين. بحر عن الذخيرة وأقره المصنف؛

يؤيده ما قدمناه أول النكاح في أن قوله: زوجني توكيل أو إيجاب. عن الخلاصة: لو قال الوكيل هب ابنتك لفلان فقال وهبت لا ينعقد ما لم يقل الوكيل بعده قبلت، لأن الوكيل لا يملك التوكيل اهـ. فهذا يدل على أن الوكيل ليس له التوكيل في النكاح، وأنه ليس من المسائل التي استثناها من هذه القاعدة. وقال الرحمتي هناك وفي حاشية الحموي على الأشباه عن كلام محمد في الأصل: إن مباشرة وكيل الوكيل بحضرة الوكيل في النكاح لا تكون كمباشرة الوكيل بنفسه، بخلافه في البيع. وفي مختصر عصام أنه جعله كالبيع، فمباشرة بحضرة كمباشرة بنفسه اهـ. فيمكن أن يكون ما في القنية مفرعاً على رواية عصام، لكن الأصل وهو المبسوط من كتب ظاهر الرواية فالظاهر عدم الجواز، فافهم. قوله: (ولو في ضمن العام) وكذا لو سمي لها فلاناً أو فلاناً فسكتت فله أن يزوجه من أيما شاء. بحر. قوله: (لو يحصون) عبارة الفتح: وهم محصورون معروفون لها اهـ. ومقتضاها أنها لو لم تعرفهم لم يصح وإن كانوا محصورين. قوله: (وإلا لا) كقوله أزوجك من رجل أو من بني تميم. بحر. قوله: (ما لم تفوض له الأمر) أما إذا قالت أنا راضية بما تفعله أنت بعد قوله إن أقواماً يخطبونك أو زوجني عن تحتاره ونحوه، فهو استئذان صحيح كما في الظهيرية وليس له هذه المقالة أن يزوجه من رجل ردت نكاحه أولاً، لأن المراد بهذا العموم غيره كالتوكيل بتزويج امرأة ليس للوكيل أن يزوجه مطلقته إذا كان الزوج شكاً منها للوكيل وأعلمه بطلاقها، كما في الظهيرية. بحر. قوله: (لا العلم بالمهر) أشار بتقدير العلم إلى أن المصنف راعى المعنى في عطفه المهر على الزوج، وأصل التركيب بشرط العلم بالزوج لا المهرح. قوله: (وقيل يشترط) أشار إلى ضعفه، وإن قال في الفتح: إنه الأوجه، لأن صاحب الهداية صحح الأول، وقال في البحر: إنه المذهب لقول الذخيرة: إن إشارات كتب محمد تدل عليه اهـ.

قلت: وعلى القول باشتراط تسميته يشترط كونه مهر المثل، فلا يكون السكوت رضا بدونه كما في البحر عن الزيلعي. وبقي على القول بعدم الاشتراط، فهل يشترط أن يزوجه بمهر المثل؟ حتى لو نقص عنه لم يصح العقد إلا برضاها صارت حادثة الفتوى.

ورأيت في الحادي عشر من البزازية: وإن لم يذكر المهر فزوج الوكيل بأكثر من

وما صححه في الدرر عن الكافي رده الكمال (وكذا إذا زوجها الولي عندها) أي بحضرتها (فسكتت) صح (في الأصح) إن علمته كما مر، والسكوت كالنطق في سبع وثلاثين مسألة مذكورة في الأشباه (فإن استأذنها غير الأقرب) كأجنبي أو ولي بعيد (فلا) عبرة لسكوتها (بل لا بد من القول كالثيب) البالغة لا فرق بينهما إلا في السكوت، لأن رضاهما يكون بالدلالة كما ذكره بقوله (أو ما هو في معناه) من

مهر المثل بما لا يتغابن الناس فيه أو بأقل من المثل بما لا يتغابن فيه الناس صح عنده خلافاً لهما. لكن للأولياء حق الاعتراض في جانب المرأة دفعاً للعار عنهم اه: أي إذا رضيت بذلك، ومقتضاه أنه إذا كان الوكيل هو الولي كما في حادثتنا ورضيت به صح وإلا فلا. تأمل. قوله: (وما صححه في الدرر) أي من التفصيل، وهو أن الولي إن كان أباً أو جدّاً فذكر الزوج يكفي؛ لأن الأب لو نقص عن مهر المثل لا يكون إلا لمصلحة تزيد عليه، وإن كان غيرهما فلا بد من تسمية الزوج والمهر. قوله: (عن الكافي) أي ناقلاً تصحيحه عن الكافي، فافهم. قوله: (رده الكمال) بقوله: وما ذكر من التفصيل ليس بشيء، لأن ذلك في تزويجه الصغيرة بحكم الجبر، والكلام في الكبيرة التي وجف مشاورته لها. والأب في ذلك كأجنبي. قوله: (إن علمته) أي الزوج، وأما المهر ففيه ما مر آنفاً كما نبه عليه في البحر قوله: (في سبع وثلاثين مسألة مذكورة في الأشباه) أي في قاعدة لا ينسب إلى ساكت قول. وذكر المحشي عبارته بتمامها، وزاد عليها ط عن الحموي مسائل آخر سيذكرها الشارح في الفوائد التي ذكرها بين كتاب الوقف وكتاب البيوع، وسيأتي الكلام عليها كلها هناك إن شاء الله تعالى. قوله: (كأجنبي) المراد به من ليس له ولاية، فشمّل الأب إذا كان كافراً أو عبداً أو مكاتباً، لكن رسول الولي قائم مقامه فيكون سكوتها رضا عند استئذانه كما في الفتح، والوكيل كذلك كما في البحر عن القنية قوله: (أو ولي بعيد) كالأخ مع الأب إذا لم يكن الأب غائباً غيبة منقطعة كما في الخانية. قوله: (فلا عبرة لسكوتها) وعن الكرخي يكفي سكوتها. فتح. قوله: (كالثيب البالغة) أما الصغيرة فلا استئذان في حقها، كالبكر الصغيرة. فتح. قوله: (إلا في السكوت) حيث يكون سكوت البكر البالغة إذناً في حق الولي الأقرب، ولا يكون إذناً في الثيب البالغة مطلقاً، والاستثناء منقطع، لأن قول المصنف كالثيب تشبيهه بالبكر التي استأذنها غير الأقرب، وهذه لا فرق بينها وبين الثيب البالغة في السكوت. قوله: (لأن رضاهما يكون بالدلالة الخ) أشار إلى ما أورده الزيلعي على الكنز وغيره، من أن رضاهما لا يقتصر على القول، فإنه لا فرق بينهما في اشتراط الاستئذان والرضا، وفي أن رضاهما قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة، غير أن سكوت البكر رضا دلالة لحياها دون الثيب، لأن حياها قد قلّ بالممارسة فتخلص المصنف

فعل يدل على الرضا (كطلب مهرها) ونفقتها (وتمكينها من الوطاء) ودخوله بها برضاها. ظهيرية (وقبول التهنة) والضحك سروراً ونحو ذلك،

عن ذلك بزيادة قوله «أو ما هو في معناه الخ» لكن أجاب في الفتح بأن الحق أن الكل من قبيل القول، إلا التمكين فيثبت دلالة لأنه فوق القول: أي لأنه إذا ثبت الرضا بالقوم يثبت بالتمكين من الوطاء بالأولى لأنه أدل على الرضا. واعترضه في البحر بأن قبول التهنة ليس بقول بل سكوت، زاد في النهر: ولهذا عدوه في مسائل السكوت.

قلت: وفيه نظر لأن مقتضى كلام الفتح أن المراد بقبول التهنة ما يكون قولاً باللسان لا مجرد السكوت، لأن مراده إدخال الجميع تحت القول، ولذا لم يستثن إلا التمكين. ولا ينافيه قوله من قبيل القول، لأن مراده أنه من قبيل القول الصريح بالرضا مثل قولها رضيت ونحوه، بدليل أنه قال قبله: إنه يكون إما بالقول كنعم ورضيت وبارك الله لنا وأحسن، أو بالدلالة كطلب المهر أو النفقة الخ. ثم قال: والحق أن الكل من قبيل القول: أي من قبيل القول الذي ذكره، وأما قوله في النهر: ولهذا الخ، ففيه أن المذكور في مسائل السكوت قولهم إذا سكت الأب ولم ينف الولد مدة التهنة لزمه ومعناه سكت عن نفي الولد لا عن جواب التهنة.

وأما الجواب عن اعتراض البحر بأن قول الفتح: إنه من قبيل القول: أي لا من القول حقيقة بل هو منزل منزله، فلا يرد السكوت عند التهنة، ففيه أنه لو كان مراده ذلك لم يحتج إلى استثناء التمكين ولم يكن دفع لما أورده الزيلعي، لأن الزيلعي يقول: إن الدلالة بمنزلة القول في الإلزام، فافهم؛ نعم الذي يظهر ما قاله الزيلعي، لأن الظاهر أن طلب المهر ونحوه لا يلزم أن يكون بالقول، ولذا عبر الشارح بقوله: من فعل يدل على الرضا، ومقتضاه أن قبض المهر ونحوه رضا كما مر من جعله رضا دلالة في حق الولي، وبه صرح في الخانية بقوله: الولي إذا زوج الشيب فرضيت بقلبها ولم تظهر الرضا بلسانها، كان لها أن ترد لأن المعتبر فيها الرضا باللسان أو الفعل الذي يدل على الرضا نحو التمكين من الوطاء وطلب المهر وقبول المهر دون قبول الهداية، وكذا في حق الغلام اهـ. قوله: (ودخوله بها الخ) هذا مكرر، والظاهر أنه تحريف والأصل «وخلوته بها» فإن الذي في البحر عن الظهيرية: ولو خلاها برضاها هل يكون إجازة؟ لا رواية لهذه المسألة، وعندني أن هذا إجازة اهـ. وفي البزازية: الظاهرة أنه إجازة قوله: (والضحك سروراً) احتراز عن الضحك استهزاء. قال في البحر: وأما الضحك فذكر في فتح القدير أولاً أنه كالسكوت لا يكفي، وسلم هنا أنه يكفي وجعله من قبيل القول لأنه حروف اهـ.

قلت: وما هنا هو الموافق لما صرح به الزيلعي وغيره. قوله: (ونحو ذلك)

بخلاف خدمته أو قبول هديته (من زالت بكارتها بوثة) أي نطة (أو) درور (حيض أو) حصول (جراحة أو تعنيس) أي كبر بكر حقيقة كتفريق بجب أو عنة أو طلاق أو موت بعد خلوة قبل وطء (أو زنى) وهذه فقط (بكر حكماً) إن لم يتكرر ولم تحدّ به،

كقبول المهر كما مر عن الخانية، والظاهر أن مثله قبول النفقة. قوله: (بخلاف خدمته) أي إن كانت تخدمه من قبل، ففي البحر عن المحيط والظهيرية: ولو أكلت من طعامه أو خدمته كما كانت فليس برضا دلالة. قوله: (أي نطة) هي من فوق إلى أسفل، والطفرة عكسها. قوله: (أي كبر) أي بلا تزويج في النهر عن الصحاح، يقال: عنست الجارية تعنس بضم النون عنوساً وعناساً فهي عانس: إذا طال مكثها بعد إدراكها في منزل أهلها حتى خرجت عن عداد الأبيكار. قوله: (بكر حقيقة) خبر «من» وفي الظهيرية: البكر اسم لامرأة لم تجامع بنكاح ولا غيره اهـ. لأن مصيبتها أول مصيب لها، ومنه الباكورة لأول الشمار، والبكرة بضم الباء لأول النهار، وحاصل كلامهم أن الزائل في هذه المسائل العذرة: أي الجلدة التي على المحل لا البكارة فكانت بكرة حقيقة وحكماً، ولذا تدخل في الوصية لأبيكار بني فلان، ولا يرد الجارية لو شريت على أنها بكر، فوجدت زائلة العذرة بشيء من ذلك له ردها، لأن المتعارف من اشتراط البكارة صفة العذرة. أفاده في البحر. قوله: (كتفريق بجب) أي كذات تفريق الخ ط، وهو تنظير في كونها بكرة حقيقة وحكماً لا تمثيل، فلا يرد أن هذه ما زالت عذرتها، فكيف يشبهها بمن زالت عذرتها؟ ح. قوله: (أو طلاق) عطف على تفريق لا على جب ح. قوله: (بعد خلوة) يصلح ظرفاً للتفريق والطلاق والموت، لكن لما كان قوله «قبل الوطء» ظرفاً للأخيرين فقط، لعدم إمكان الوطء في الأول: أما في الجب فظاهر، وأما في العنة فلأن الوطء يمنع التفريق كان الأنسب تعلقه بالأخيرين فقط، وفهم من قوله «بعد خلوة» أنه لو وقع الطلاق أو الموت قبل الخلوة كانت بكرة حقيقة وحكماً بالأولى، وقيد بقوله «قبل وطء» لأنها بعد الوطء ثيب حقيقة وحكماً اهـ ح. قوله: (وهذه فقط بكر حكماً) أراد بالحكمي ما ليس بحقيقي بدلالة المقابلة، كما هو المتبادر، ولذا حاول الشارح في عبارة المصنف فقدر خبراً لمن ومبتدأ لبكر، وإلا فعبارة المصنف في نفسها صحيحة، لأن الحقيقي حكمي أيضاً، والحكمي أعم لأنه قد يكون غير حقيقي، ولكن لما كان المتبادر من إطلاق الحكمي إرادة ما ليس بحقيقي أول عبارة المصنف ولم يقل بكر حكماً فقط لما قلنا، فافهم. قوله: (إن لم يتكرر ولم تحدّ به) هذا معنى قولهم: إن لم يشتهر زناها يكتفى بسكوتها، لأن الناس عرفوها بكرة، فيعيونها بالنطق، فيكتفى بسكوتها كي لا تتعطل عليها مصالحتها، وقد ندب الشارع إلى ستر الزنى فكانت

وإلا فثيب كموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد (قال) الزوج للبكر البالغة (بلغك النكاح فسكت وقالت رددت) النكاح (ولا بينة لهما) على ذلك (ولم يكن دخل بها طوعاً) في الأصح (فالقول قولها) بيمينها

بكرأً شرعاً، بخلاف ما إذا اشتهر زناها. قوله: (وإلا) صادق بثلاث صور: ما إذا تكرر منها الزنا ولم تحد، أو حدث ولم يتكرر، أو تكرر وحدث ح. قوله: (كموطوءة بشبهة) أي فإنها ثيب حقيقة وحكمأً ح. قوله: (أو نكاح فاسد) عطف على «بشبهة» أي وكموطوءة بنكاح فاسد، فافهم. أما إذا لم توطأ فيه فهي بكر حقيقة وحكمأً كما في النكاح الصحيح ط. قوله: (وقالت رددت) أي ولم يوجد منها ما يدل على الرضا كما في الشربلالية ط. قوله: (ولا بينة لهما) قيد به لأن أيهما أقام البينة قبلت بيته. بحر. وإن أقامها فيأتي في قوله «ولو برهننا». قوله: (ولم يكن دخل بها طوعاً) بأن لم يدخل أو دخل كرهاً، واحترز به عما إذا دخل بها طوعاً حيث لا تصدق في دعوى الرد في الأصح، لأن التمكين من الوطاء كالإقرار؛ وعن هذا صحح في الولوالجية أنها لو أقامت بعد الدخول البينة على الرد لم تقبل، لكن في حاشية الغزي على الأشباه أنه وقع اختلاف التصحيح في قبول بيته بعد الدخول على أنها كانت ردت النكاح قبل الإجازة. ففي البزازية أن المذكور في الكتب أنها تقبل، وصحح في الواقعات عدمه لتناقضها في الدعوى، والصحيح القبول لأنه وإن بطلت الدعوى فالبينة لا تبطل لقيامها على تحريم الفرج، والبرهان عليه مقبول بلا دعوى. قال الغزي: وقد ألف شيخنا العلامة علي المقدسي فيها رسالة اعتمد فيها تصحيح القبول. قوله: (فالقول قولها) لأنه يدعي لزوم العقد وملك البضع والمرأة تدفعه، فكانت منكراً، ولا يقبل قول وليها عليها بالرضا لأنه يقتر عليها بثبوت الملك، وإقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح، كذا في الفتح، وينبغي أن لا تقبل شهادته لو شهد مع آخر بالرضا لكونه ساعياً في إتمام ما صدر منه فهو متهم ولم أره منقولاً. بحر.

قلت: وفي الكافي للحاكم الشهيد: وإذا زوج الرجل ابنته فأنكرت الرضا فشهد عليها أبوها وأخوها لم يجزأه فتأمل.

ثم اعلم أنه ذكر في البحر في باب المهر عند الكلام على النكاح الفاسد ما نصه: وإذا ادعت فساده وهو صحته فالقول له، وعلى عكسه فرق بينهما وعليها العدة ولها نصف المهر إن لم يدخل، والكل إن دخل، كذا في الخانية. وينبغي أن يستثنى منه ما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي من أنه لو ادعى أحدهما أن النكاح كان في صغره فالقول قوله، ولا نكاح بينهما، ولا مهر لها إن لم يكن دخل بها قبل الإدراك اهـ ما في البحر.

قلت: وقد علل الأخيرة في البزازية عن المحيط بقوله: لاختلافهما في وجود

على المفتى به وتقبل بينته على سكوتها؛ لأنه وجودي بضم الشفتين ولو برهنا فبينتها أولى، إلا أن يبرهن على رضاها أو إجازتها

العقد، وعللها في الذخيرة بقوله: لأن النكاح في حالة الصغر قبل إجازة الولي ليس بنكاح معنى الخ، وذكر قبله أن الاختلاف لو في الصحة والفساد فالقول لمدعي الصحة بشهادة الظاهر، ولو في أصل وجود العقد فالقول لمنكر الوجود.

قلت: وعلى هذا فلا استثناء؛ لأن ما في الخانية من الأول، وما في الكافي من الثاني، ولعل وجه قوله في الخانية: وعلى عكسه فرق بينها الخ، كونه مؤاخذاً بإقراره فيسري عليه، ولذا كان لها المهر. ثم إن الظاهر أن ما نحن فيه من قبيل الاختلاف في أصل وجود العقد، لأن الرد صير الإيجاب بلا قبول، وكذا المسألة الآتية، هذا ما ظهر لي. قوله: (على المفتى به) وهو قولهما وعنده لا يمين عليها، كما سيأتي في الدعوى في الأشياء الستة. بحر. قوله: (لأنه وجودي الخ) جواب عما يقال: إن بينته على سكوتها بينة على النفي، وهي غير مقبولة، فأجاب بأن السكوت وجودي لأنه عبارة عن ضم الشفتين ويلزم منه عدم الكلام، كما في المعراج. زاد في البحر: أو هو نفي يحيط به علم الشاهد فيقبل، كما لو ادّعت أن زوجها تكلم مما هو ردة في مجلس، فبرهن على عدم التكلم فيه تقبل، وكذا إذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها كما في الجوامع اهـ. ولا يخفى أن الجواب الأول مبني على المنع، والثاني على التسليم، وبحث في الأول في السعدية بما في شرح العقائد، من أن السكوت ترك الكلام، وأقره عليه في النهر.

قلت: ويمكن الجواب بأن هذا تفسير باللازم، وبحث في الثاني أيضاً بأنه يخالف لما في أيمان الهداية من باب اليمين في الحج والصلاة، من أن الشهادة على النفي غير مقبولة مطلقاً، أحاط به علم الشاهد أو لا اهـ. وكذا قال في البحر هناك.

الحاصل: أن الشهادة على النفي المقصود لا تقبل، سواء كان نفيًا صورة أو معنى، وسواء أحاط به علم الشاهد أو لا اهـ.

قلت: وهذا في غير الشروط، فلو قال: إن لم أدخل الدار اليوم فكذا فشهدا أنه دخلها، تقبل. قوله: (فبينتها أولى) لإثبات الزيادة: أعني الرد فإنه زائد على السكوت. بحر. قوله: (إلا أن يبرهن على رضاها أو إجازتها) أي فترجح بينته لاستوائهما في الإثبات وزيادة بينته بإثبات اللزوم، كذا في الشروح، وعزاه في النهاية للتمرثاشي، وكذا هو في غير كتاب من الفقه، لكن في الخلاصة عن أدب القاضي للخصاف أن بينتها أولى، ففي هذه الصورة اختلاف المشايخ، ولعل وجهه أن السكوت لما كان مما تتحقق الإجازة به لم يلزم من الشهادة بالإجازة كونها بأمر زائد على السكوت ما لم يصرحوا

(كما لو زوجها أبوها) مثلاً زاعماً عدم بلوغها (فقالت أنا بالغة والنكاح لم يصح وهي مراهة وقال الأب) أو الزوج (بل هي صغيرة) فإن القول لها إن ثبت أن سنها تسع، وكذا لو ادعى المراهق بلوغه ولو برهنا فبينه البلوغ أولى على الأصح، بخلاف قول الصغيرة رددت حين بلغت وكذبها الزوج فالقول له لإنكاره زوال ملكه، هذا لو اختلفا بعد زمان البلوغ، ولو حالة البلوغ فالقول لها. شرح وهبانية فليحفظ (وللولي) الآتي بيانه

بذلك، كذا في الفتح وتبعه في البحر، واستفيد منه التوفيق بين القولين بحمل الأول على ما إذا صرح الشهود بأنها قالت: أجزت أو رضيت، وحمل الثاني على ما إذا شهدوا بأنها أجازت أو رضيت لاحتمال إجازتها بالسكوت، فافهم. قوله: (كما لو زوجها الخ) أي أن الاختلاف في البلوغ كالاختلاف في السكوت كما في النهر قوله: (مثلاً) فالمراد الولي المجبر قوله: (فإن القول لها) لأنها إذا كانت مراهة كان المخبر به يمتثل الثبوت فيقبل خبرها لأنها منكورة وقوع الملك عليها. عن البحر. قوله: (إن ثبت أن سنها تسع) تفسير للمراهة كما يدل عليه كلام المنح ح. قوله: (وكذا لو ادعى المراهق بلوغه) بأن باع أبوه ماله فقال الابن أنا بالغ ولم يصح البيع وقال المشتري والأب إنه صغير، فالقول للابن لأنه ينكر زوال ملكه، وقد قيل بخلافه، والأول أصح. بحر عن الذخيرة. قوله: (ولو برهنا الخ) ذكره في البزازية عقب المسألة الأولى، وكأن الشارح أخره ليفيد أن الحكم كذلك في المسألتين، فافهم. استشكل بعض المحشين تصوّر البرهان على البلوغ.

قلت: وهو ممكن بالحبل أو الإحبال أو سن البلوغ أو رؤية الدم أو المنّي كما في الشهادة على الزنى. قوله: (على الأصح) راجع لمسألة المراهة والمراهق، فقد نقل التصحيح فيهما في البحر عن الذخيرة. قوله: (بخلاف قول الصغيرة) أي التي زوّجها غير الأب والجد، أما من زوّجها فلا خيار لها ط. قوله: (ردت حين بلغت الخ) أي قالت بعدما بلغت: رددت النكاح واخترت نفسي، حين أدركت، لم يقبل قولها لأن الملك ثابت عليها، وتريد بذلك إبطال الثابت عليها كما في الذخيرة، فافهم. وبهذا علم أن قولها ذلك بعد البلوغ، وكأنه سماها صغيرة باعتبار ما كان زمن العقد: أي المتحقق صغرها وقته، بخلاف المراهة المحتمل بلوغها وقته. قوله: (ولو حالة البلوغ) بأن قالت عند القاضي أو الشهود: أدركت الآن وفسخت فإنه يصح كما يأتي بيانه. قوله: (وللولي الآتي بيانه) أي في قوله «الولي في النكاح العصبية بنفسه الخ» واحترز به عن الولي الذي له حق الاعتراض فإنه يخص العصبية كما مر،

(إنكاح الصغير والصغيرة)^(١) جبراً (ولو ثيباً) كمتوه ومجنون شهراً

وعن الوصي غير القريب كما مر ويأتي أيضاً. قوله: (إنكاح الصغير والصغيرة) قيد بالإنكاح لأن إقراره به عليهما لا يصح إلا بشهود، أو بتصديقهما بعد البلوغ كما سيذكره المصنف آخر الباب ولو قال: وللولي إنكاح غير المكلف والرقيق لشمّل المعتوه ونحوه.

تتمة: ليس لغير الأب والجد أن يسلم الصغيرة قبل قبض ما تعورف قبضه من المهر، ولو سلمها الأب له أن يمنعها. أفاده ط. وتامه في البحر.

قلت: وليس له تسليمها للدخول بها قبل إطاقة الوطاء ولا عبرة للسن كما سيذكره الشارح في آخر باب المهر. قوله: (ولو ثيباً) صرح به لخلاف الشافعي، كأن علة الإيجاب عنده البكارة، وعندنا العجز بعدم العقل أو نقصانه وتوضيحه في كتب الأصول. قوله: (كمتوه ومجنون) أي ولو كبيرين، والمراد كشخص معتوه الخ، فيشمّل الذكر والأنثى. قال في النهر: فللولي إنكاحهما إذا كان المجنون مطبقاً، وهو شهر على ما عليه الفتوى، وفي منية المفتي: بلغ مجنوناً أو معتوهاً تبقى ولاية الأب كما كانت، فلو جنّ أو عته بعد البلوغ تعود في الأصح. وفي الخانية زوج ابنه البالغ بلا إذنه فجبن،

(١) لا خلاف بين العلماء في أنه يجوز للولي أن يزوج البكر الصغيرة إلا ما حكى عن ابن شبرمة وأبي بكر الأصم.

قال أبو بكر الرازي: (ولا نعلم في جواز ذلك خلافاً بين السلف والخلف من فقهاء الأمصار إلا شيئاً رواه بشر بن الوليد عن ابن شبرمة أن تزويج الآباء على الصغار لا يجوز، وهو مذهب الأصم) اهـ.

وقال في البدائع: لا خلاف في أن للأب والجد ولاية الإنكاح إلا شيء يحكى عن عثمان البتي وابن شبرمة أنهما قالا (ليس لهما ولاية التزوج).

وقال ابن رشد (اتفقوا على أن الأب يبر ابنه الصغير على النكاح، وكذلك ابنته الصغيرة، ولا يستأمرها... إلى أن قال: إلا ما روي من الخلاف عن ابن شبرمة).

استدل ابن شبرمة ومن معه:

أولاً - بقوله تعالى: ﴿وايتلوا الكتاب حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾، فلو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لهذا فائدة.

وثانياً - بأن ثبوت الولاية على الصغير والصغيرة لحاجة المولى عليه، ولا حاجة بهما إلى النكاح، لأن مقصود النكاح طبعاً هو قضاء الشهوة، وشرعاً النسل، والصغر يتنافيهما.

وثالثاً - بأن هذا العقد يعقد للعمر، وتلزيمهما أحكام بعد البلوغ إلى أن يوجد ما يبطله، فلا يكون لأحد أن يلزمهما ذلك؛ إذ لا ولاية لأحد عليهما بعد البلوغ.

واستدل لهم بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر» وجهه أن اليتيمة هي القاصرة عن درجة البلوغ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يتم بعد الحلم»، وقد نهى عن إنكاح إلى غاية هي استثمارها، ولا تصلح أن تستأمر إلا بعد البلوغ، فكأنه قال: لا تنكح اليتيمة حتى تبلغ.. وفي هذا الدليل نظر؛ لأن غاية ما يفيد عدم إجبار اليتيمة ولا يمنع إجبار ذات الأب فهو دون الدعوى، والدعوى منع تزويج الصغار مطلقاً.

(ولزم النكاح ولو بغبن فاحش) بنقص مهرها وزيادة مهره (أو) زوجها (بغير كفاء إن كان الولي) المزوج بنفسه بغبن (أباً أو جداً) وكذا المولى وابن المجنونة (لم يعرف منهما سوء الاختيار) مجانة وفسقاً

قالوا: ينبغي للأب أن يقول أجزت النكاح على ابني لأنه يملك إنشاءه بعد الجنون. قوله: (ولزم النكاح) أي بلا توقف على إجازة أحد وبلا ثبوت خيار في تزويج الأب والجد والمولى، وكذا الابن على ما يأتي. قوله: (ولو بغبن فاحش) هو ما لا يتغابن الناس فيه: أي لا يتحملون الغبن فيه احترازاً عن الغبن اليسير، وهو ما يتغابنون فيه: أي يتحملونه. قال في الجوهرية: والذي يتغابن فيه الناس ما دون نصف المهر، كذا قاله شيخنا موفق الدين. وقيل ما دون العشر اهـ. فعلى الأول الغبن الفاحش هو النصف فما فوقه، وعلى الثاني العشر فما فوقه. تأمل. قوله: (بنقص) الباء لتصوير الغبن: أي أن الغبن يتصور في جانب الصغيرة بالنقص عن مهر المثل، وفي جانب الصغير بالزيادة. قوله: (أو زوجها بغير كفاء) بأن زوج ابنه أمة أو بنته عبداً، وهذا عند الإمام. وقالوا: لا يجوز أن يزوجه غير كفاء، ولا يجوز الحط ولا الزيادة إلا بما يتغابن الناس. ح عن المنح. ولا ينبغي ذكر المثل الأول لأن الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة للرجل. أفاده في الشرنبلالية، ونحوه في ط.

قلت: وعن هذا قال الشارح: أو زوجها مضافاً إلى ضمير المؤنثة مع تعميمه في الغبن الفاحش بقوله «بنقص مهرها وزيادة مهره» فلهذا ذكره ما أمهره، فافهم، لكن في هذا كلام نذكره قريباً. قوله: (المزوج بنفسه) احتراز به عما إذا وكل وكيلاً بتزويجها، وسيأتي بيانه قريباً. ح. قوله: (بغبن) كان عليه أن يقول «أو بغير كفاء» ولو قال المزوج بنفسه على الوجه المذكور كما قال في المنح لسلم من هذا. ح. قوله: (وكذا المولى) أي إذا زوج الصغير أو الصغيرة المرقوقين ثم أعتقهما ثم بلغا، فإن نكاحهما لازم ولو من غير كفاء أو بغير مهر المثل، ولا يثبت لهما خيار البلوغ لكمال ولاية المولى فهو أقوى من الأب والجد، ولأن خيار العتق يغني عنه ط. وهذا هو الصواب في التصوير. وأما تصوير المسألة بما إذا كان الإعتاق قبل التزويج، فغير صحيح، لأنه في هذه الصورة يثبت لهما خيار البلوغ كما سنذكره، والكلام في اللزوم بلا خيار كما في الأب والجد، فافهم. قوله: (وابن المجنونة) ومثلها المجنون. قال في البحر: المجنون والمجنونة إذا تزوجهما الابن ثم أفارقا لا خيار لهما. قوله: (لم يعرف منهما الخ) أي من الأب والجد، وينبغي أن يكون الابن كذلك، بخلاف المولى فإنه يتصرف في ملكه، فينبغي نفوذ تصرفه مطلقاً كتصرفه في سائر أمواله. رحمتي. فافهم. قوله: (مجانة وفسقاً) نصب على التمييز. وفي المغرب: الماجن الذي لا يبالي ما يصنع وما قيل له، ومصدره

(وإن عرف لا) يصح النكاح اتفاقاً، وكذا لو كان سكران فزوّجها من فاسق أو شريب أو فقير أو ذي حرفة دنيئة لظهور سوء اختياره فلا تعارضه شفقتة المظنونة.

المجون والمجانة اسم منه، والفعل من باب طلب اهـ. وفي شرح المجمع: حتى لو عرف من الأب سوء الاختيار لسفهه أو لطمعه لا يجوز عقده إجماعاً اهـ. قوله: (وإن عرف لا يصح النكاح) استشكل ذلك في فتح القدير بما في النوازل: لو زوّج بنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر، فإذا هو مدمن له وقالت لا أرضى بالنكاح: أي ما بعد ما كبرت إن لم يكن يعرفه الأب بشربه وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل، لأنه إنما زوّج على ظن أنه كفاء اهـ. قال: إذ يقتضي أنه لو عرف الأب بشربه فالنكاح نافذ، مع أن من زوّج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شريب فاسق فسوء اختياره ظاهر. ثم أجاب بأنه لا يلزم من تحقق سوء اختياره بذلك أن يكون معروفاً به، فلا يلزم بطلان النكاح عند تحقق سوء الاختيار مع أنه لم يتحقق للناس كونه معروفاً بمثل ذلك اهـ.

والحاصل: أن المانع هو كون الأب مشهوراً بسوء الاختيار قبل العقد، فإذا لم يكن مشهوراً بذلك ثم زوّج بنته من فاسق صح، وإن تحقق بذلك أنه سيئ الاختيار واشتهر به عند الناس؛ فلو زوّج بنتاً أخرى من فاسق لم يصح الثاني لأنه كان مشهوراً بسوء الاختيار قبله، بخلاف العقد الأول لعدم وجود المانع قبله، ولو كان المانع مجرد تحقق سوء الاختيار بدون الاشتهار لزم إحالة المسألة: أعني قولهم ولزم النكاح ولو بغبن فاحش أو بغير كفاء إن كان الولي أباً أو جدّاً.

ثم اعلم أن ما مر عن النوازل من أن النكاح باطل معناه أنه سيبطل كما في الذخيرة، لأن المسألة مفروضة فيما إذا لم ترض البنت بعد ما كبرت كما صرح به في الخانية والذخيرة وغيرهما، وعليه يحمل ما في القنية: زوّج بنته الصغيرة من رجل ظنه حرّ الأصل وكان معتقاً فهو باطل بالاتفاق اهـ.

وعلم من عبارة القنية أنه لا فرق في عدم الكفاءة بين كونه بسبب الفسق أو غيره، حتى لو زوّجها من فقير أو ذي حرفة دنية ولم يكن كفواً لها لم يصح، فقصر ابن الهمام كلامهم على الفاسق مما لا ينبغي كما أفاده في البحر، وما ذكرنا من ثبوت الخيار للبيت إذا بلغت إنما هو في الصغيرة؛ أما لو زوج الأولياء الكبيرة بإذنها ولم يعلموا عدم الكفاءة ثم ظهر عدمها فلا خيار لأحد كما سيذكره الشارح أول الباب الآتي، ويأتي تمام الكلام عليه هناك. قوله: (فزوجها من فاسق الخ) وكذا لو زوجها بغبن فاحش في المهر لا يجوز إجماعاً، والصاحي يجوز، لأن الظاهر من حال السكران أنه لا يتأمل، إذ ليس له رأي كامل، فبقي التقصان ضرراً محضاً، والظاهر من حال الصاحي أنه يتأمل.

بحر (وإن كان المزوج غيرهما) أي غير الأب وأبيه ولو الأم أو القاضي أو وكيل الأب، لكن في النهر بحثاً لو عين لوكيله القدر صح (لا يصح) النكاح (من غير كفاء أو بغبن فاحش

بحر عن الذخيرة. ثم قال: وكذا السكران لو زوج من غير الكفاء كما في الخانية، وبه علم، أن المراد بالأب من ليس بسكران ولا عرف بسوء الاختيار اهـ.

قلت: ومقتضى التعليل أن السكران أو المعروف بسوء الاختيار لو زوجها من كفاء بمهر المثل صح لعدم الضرر المحض، ومعنى قوله: والظاهر من حال الصاحي أنه يتأمل: أي أنه لو فور شفقتة بالأبوة لا يزوج بنته من غير كفاء أو بغبن فاحش إلا لمصلحة يزيد على هذا الضرر، كعلمه بحسن العشرة معها وقلة الأذى ونحو ذلك، وهذا مفقود في السكران وسوء الاختيار إذا خالف لظهور عدم رأيه وسوء اختياره في ذلك. قوله: (أي غير الأب وأبيه) الأولى أن يزيد «والابن والمولى» لما مر. قوله: (ولو الأم أو القاضي) هو الأصح لأن ولايتهما متأخرة عن ولاية الأخ والعم فإذا ثبت الخيار في الحاجب ففي المحجوب أولى. بحر. ولقصور الرأي في الأم ونقصان الشفقة في القاضي. ذخيرة. لكن سنذكر في مسألة عضل الأقرب أن تزويج القاضي نيابة عنه فليس لها الخيار، ويأتي تمامه هناك. قوله: (لو عين لوكيله القدر) أي الذي هو غبن فاحش. نهر. وكذا لو عين له رجلاً غير كفاء كما بحثه العلامة المقدسي.

مَطْلَبٌ مُهُمٌ: هَلْ لِلْعَصْبَةِ تَزْوِيجُ الصَّغِيرِ امْرَأَةً غَيْرَ كُفَاءٍ لَهَا؟

تنبيه: ذكر في شرح المجمع أن تزويج الأب الصغير والصغيرة من غير كفاء أو بغبن فاحش جائز عنده لا عندهما، ثم قال: وفي المحيط: الوكيل بالنكاح إذا زاد أو نقص عن مهر المثل فعلى هذا الاختلاف اهـ. وهذا خلاف ما ذكره الشارح تبهماً لما في البحر عن القنية. وقد يجاب بأن الوكيل في عبارة شرح المجمع، ليس المراد به وكيل الأب، بل وكيل الزوج أو الزوجة البالغين بقريئة ما في البدائع حيث ذكر الخلاف السابق؛ ثم قال: وعلى هذا الخلاف التوكيل بأن وكل رجل رجلاً بأن يزوجه امرأة فزوجه بأكثر من مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن الناس في مثله، أو وكلت امرأة رجلاً بأن يزوجه من رجل فزوجها بدون صداق مثلها أو من غير كفاء اهـ. وقدمناه أيضاً عن البزازية، وعليه فلا منافاة، فتدبر. قوله: (لا يصح النكاح من غير كفاء) مثله قول الكنز: ولو زوج طفلة غير كفاء أو بغبن فاحش صح، ولم يميز ذلك لغير الأب والجد، ومقتضاه أن الأخ لو زوج أخاه الصغير امرأة أدنى منه لا يصح، وفيه ما مر عن الشرنبلالية من أن الكفاءة لا تعتبر للزوج كما سيأتي في بابها أيضاً. وقدمنا أن الشارح أشار إلى ذلك أيضاً، وقد راجعت كثيراً فلم أر شيئاً صريحاً في ذلك؛ نعم رأيت في

أصلاً) وما في صدر الشريعة صح ولهما فسخه وهم (وإن كان من كفاء ويمهر
المثل صح، و) لكن (لهما) أي لصغير وصغيرة

البدائع مثل ما في الكنز حيث قال: وأما إنكاح الأب والجد الصغير الصغيرة فالكفاءة فيه ليست بشرط عند أبي حنيفة لصدوره ممن له كمال النظر لكمال الشفقة، بخلاف إنكاح الأخ والعم من غير كفاء فإنه لا يجوز بالإجماع لأنه ضرر محض اهـ. فقوله «بخلاف الخ» ظاهر في رجوعه إلى كل من الصغير والصغيرة، وعلى هذا فمعنى عدم اعتبار الكفاءة للزوج أن الرجل لو زوّج نفسه من امرأة أدنى منه ليس لعصباته حق الاعتراض، بخلاف الزوجة، وبخلاف الصغيرين إذا زوجهما غير الأب والجد، هذا ما ظهر لي، وسنذكر في أول باب الكفاءة ما يؤيده، والله أعلم. قوله: (أصلاً) أي لا لازماً ولا موقوفاً على الرضا بعد البلوغ، قال في فتح القدير: وعلى هذا ابنتي الفرع المعروف: لو زوّج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت وأجازت لا يصح، لأنه لم يكن عقداً موقوفاً إذ لا يميز له، فإن العم ونحوه لم يصح منهم التزويج بغير الكفاء اهـ. قال في البحر: ولذا ذكر في الخانية وغيرها أن غير الأب والجد إذا زوّج الصغيرة فالأحوط أن يزوّجها مرتين: مرة بمهر مسمى ومرة بغير التسمية، لأنه لو كان في التسمية نقصان فاحش ولم يصح النكاح الأول يصح الثاني اهـ. وليس للتزويج من غير كفاء حيلة كما لا يخفى اهـ. قوله: (صح ولهما فسخه) أي بعد بلوغهما، والجملة قصد بها لفظها مرفوعة المحل على أنها بدل من ما أو محكية بقول محذوف: أي قاتلاً. وقوله «وهم» خبر عن «ما» وعبارة صدر الشريعة في متنه: وصح إنكاح الأب والجد الصغير والصغيرة بغبن فاحش ومن غير كفاء لا غيرهما. وقال في شرحه: أي لو فعل الأب أو الجد عند عدم الأب لا يكون للصغير والصغيرة حق الفسخ بعد البلوغ، وإن فعل غيرهما فلهما أن يفسخا بعد البلوغ اهـ. ولا يخفى أن الوهم في عبارة الشرح، وقد نبه على وهم ابن الكمال، وكذا المحقق التفتازاني في التلويح في بحث العوارض، وذكر أنه لا يوجد له رواية أصلاً، وأجاب القهستاني بأن صحته بالغبن الفاحش نقلها في النجواهر عن بعضهم، وبغير كفاء نقلها في الجامع عن بعضهم. قال: وهذا يدل على وجود الرواية اهـ.

قلت: وفيه نظر، فإن ما كان قولاً لبعض المشايخ لا يلزم أن يكون فيه رواية عن أئمة المذهب، ولا سيما إذا كان قولاً ضعيفاً مخالفاً لما في مشاهير كتب المذهب المعتمدة. قوله: (ولكن لهما خيار البلوغ)^(١) دفع به توهم اللزوم المتبادر من الصحة ط. وأطلق فشمّل الذميين والمسلمين وما إذا زوّجت الصغيرة نفسها فأجاز

(١) في ط (قوله ولكن لهما خيار البلوغ) في نسخ الشرح التي بأيدينا «خيار الفسخ بالبلوغ».

وملحق بهما (خيار الفسخ) ولو بعد الدخول (بالبلوغ أو العلم بالنكاح بعده) لقصور الشفقة ويغني عنه خيار العتق، ولو بلغت وهو صغير فرق بحضرة أبيه أو وصيه

الولي، لأن الجواز ثبت بإجازة الولي فالتحق بنكاح باشره. بحر عن المحيط. قوله: (وملحق بهما) كالمجنون والمجنونة إذا كان المزوج لهما غير الأب والجد والابن بأن كان أخواً أو عمّاً مثلاً. قال في الفتح بعد أن ذكر العصبات: وكل هؤلاء يثبت لهم ولاية الإيجاب على البنت والذكر في حال صغرهما أو كبرهما إذا جنا مثلاً غلام بلغ عاقلاً ثم جن فزوجه أبوه وهو رجل جاز إذا كان مطبقاً، فإذا أفاق فلا خيار له، وإن زوجه أخوه فأفاق فله الخيار اهـ. قوله: (بالبلوغ) أي إذا علما قبله أو عنده. قهستاني. قوله: (أو العلم بالنكاح بعده) أي بعد البلوغ بأن بلغا ولم يعلما به ثم علما بعده. قوله: (لقصور الشفقة) أي ولقصور الرأي في الأم، وهذا جواب عن قول أبي يوسف: إنه لا خيار لهما اعتباراً بما لو زوجها الأب أو الجد. قوله: (ويغني عنه خيار العتق) اعلم أن خيار العتق لا يثبت للذكر بل للأنثى فقط صغيرة أو كبيرة، فإذا زوجها مولاها ثم أعتقها فلها الخيار، لأنه كان يزول ملك الزوج عليها بطلقتين فصار لا يزول إلا بثلاث، لكن لو صغيرة لا تخير ما لم تبلغ، فإذا بلغت خيرها القاضي خيار العتق لا خيار البلوغ، وإن ثبت لها أيضاً لأن الأول أعم فينتظم الثاني تحته؛ وقيل لا يثبت لها خيار البلوغ وهو الأصح، وهكذا ذكره محمد في الجامع، لأن ولاية المولى ولاية كاملة لأنها بسبب الملك، فلا يثبت خيار البلوغ كما في الأب والجد، ولو زوج عبده الصغير حرّاً ثم أعتقه ثم بلغ فليس له خيار بلوغ ولا خيار عتق، لأن إنكاح المولى باعتبار الملك لا بطريق النظر له، بخلاف ما إذا زوج بعد العتق وهو صغير لأنه بطريق النظر. هذا خلاصة ما في الذخيرة من الفصل السابع عشر، ونحوه في جامع الصنفار للإمام الاسروشنى؛ وفي البحر عن الإسبيجاني: لو أعتق أمته الصغيرة أولاً ثم زوجها ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ اهـ: أي لما مر من أن ولايته عليها بطريق النظر، ولأنها ولاية إعتاق وهي متأخرة عن جميع العصبات فلها خيار البلوغ كما في ولاية الأخ والعم، بل أولى، بخلاف ما لو زوجها قبل الإعتاق، ثم بلغت فإنه ليس لها خيار البلوغ كما مر، لأن ولاية الملك أقوى من ولاية الأب والجد.

والحاصل: أن خيار العتق لا يثبت للذكر الرقيق صغيراً أو كبيراً، ويثبت للأنثى مطلقاً إذا زوجها حالة الرق، وأن خيار البلوغ يثبت للصغير والصغيرة إذا زوجها بعد العتق، وأنه لا يثبت لهما إذا زوجها قبله لا استقلالاً ولا تبعاً لخيار العتق للصغيرة على الصحيح، فقوله (ويغني عنه خيار العتق) مبني على الضعيف. قوله: (بحضرة أبيه أو وصيه) فإن لم يوجد

(بشرط القضاء) للفسخ (فيتوارثان فيه) ويلزم كل المهر، ثم الفرقة إن من قبلها ففسخ لا ينقص عدد طلاق ولا يلحقها طلاق إلا في الردة،

أحدهما ينصب القاضي وصياً يخاصم فيحضره ويطلب منه حجة للصغير تبطل دعوى الفرقة من بينة على رضاها بالنكاح بعد البلوغ أو تأخيرها طلب الفرقة وإلا يلحقها الخصم، فإن حلفت يفرق بينهما الحاكم بحضرة الخصم بلا انتظار إلى بلوغ الصبي. دأب الأوصياء عن جامع الفصولين.

قلت: والظاهر أن وصي الأب مقدم على الجد كما صرحوا به في بابه، ثم رأيت هنا في جامع الصفار قال في امرأة الصبي: لو وجدته مجبواً فالقاضي يفرق بينهما بخصوصيتها، ولو وجدته عتياً ينتظر بلوغه؛ ثم قال: فإن لم يكن له أب ولا وصي فالجد أو وصيه خصم فيه، فإن لم يكن نصب القاضي عنه خصماً الخ، فافهم. قوله: (بشرط القضاء) أي لأن في أصله ضعفاً فيتوقف عليه كالرجوع في الهبة، وفيه إيحاء إلى أن الزوج لو كان غائباً لم يفرق بينهما ما لم يحضر للزوم القضاء على الغائب. نهر. قلت: وبه صرح الاسروشنى في جامعه. قوله: (للفسخ) أي هذا الشرط إنما هو للفسخ لا لثبوت الاختيار.

وحاصله أنه إذا كان المزوج للصغير والصغيرة غير الأب والجد، فلهما الخيار بالبلوغ أو العلم به، فإن اختار الفسخ لا يثبت الفسخ إلا بشرط القضاء، فلذا فزع عليه بقوله «فيتوارثان فيه» أي في هذا النكاح قبل ثبوت فسخه. قوله: (ويلزم كل المهر) لأن المهر كما يلزم جميعه بالدخول ولو حكماً كالخلوة الصحيحة، كذلك يلزم بموت أحدهما قبل الدخول، أما بدون ذلك فيسقط ولو الخيار منه، لأن الفرقة بالخيار فسخ للعقد، والعقد إذا انفسخ يجعل كأنه لم يكن كما في النهر. قوله: (إن من قبلها) أي وليست بسبب من الزوج، كذا في النهر. واحترز به عن التخيير والأمر باليد، فإن الفرقة فيهما وإن كانت من قبلها لكن لما كانت بسبب من الزوج كانت طلاقاً ح. قوله: (لا ينقص عدد طلاق) فلو جدد العقد بعده ملك الثلاث كما في الفتح. قوله: (ولا يلحقها طلاق) أي لا يلحق المعتلة بعده الفسخ في العدة طلاق ولو صريحاً ح. وإنما تلزمها العدة إذا كان الفسخ بعد الدخول، وما ذكره الشارح نقله في البحر عن النهاية على خلاف ما بحثه في الفتح، وقيد بعادة الفسخ لما في الفتح من أن كل فرقة بطلاق يلحقها الطلاق في العدة، إلا في اللعان لأنه يوجب حرمة مؤبدة اه. وسيأتي بيان ذلك مستوفى إن شاء الله تعالى قبيل باب تفويض الطلاق. قوله: (إلا في الردة) يعني أن الطلاق الصريح يلحق المرتدة في عدتها وإن كانت فرقته فسخاً، لأن الحرمة بالردة غير متأبدة لارتفاعها بالإسلام فيقع طلاقه عليها في العدة مستتبهاً فائدته من حرمتها عليها بعد الثلاث حرمة مغياة بوطن زوج آخر، كذا في الفتح.

وإن من قبله فطلاق إلا بملك أو ردة أو خيار عتق،

واعترضه في النهر بأنه يقتضي قصر عدم الوقوع في العدة على ما إذا كانت الفرقة بما يوجب حرمة مؤبدة كالتقبيل والإرضاع، وفيه مخالفة ظاهرة لظاهر كلامهم عرف ذلك من تصفحه اهـ: أي لتصريحهم بعدم اللحاق في عدة خيار: العتق، والبلوغ، وعدم الكفاءة، ونقصان المهر والسبي، والمهاجرة، والإباء، والارتداد. ويمكن الجواب عن الفتح بأن مراده بالتأييد ما كان من جهة الفسخ.

وذكر في أول طلاق البحر أن الطلاق لا يقع في عدة الفسخ إلا في ارتداد أحدهما وتفريق القاضي بإبائه عن الإسلام، لكن الشارح قبيل باب تفويض الطلاق قال تبعاً للمنفح: لا يلحق الطلاق، وعدة الردة مع اللحاق؛ فيقيد كلام البحر هنا بعدم اللحاق كما لا يخفى، وقد نظمت ذلك بقولي: [الزجر]

وَيَلْحَقُ الطَّلَاقَ فُرْقَةُ الطَّلَاقِ أَوْ الإِبَاءُ أَوْ رِدَّةٌ بِإِلْحَاقِ
قال ح: وسيأتي هناك أيضاً أن الفرقة بالإسلام لا يلحق الطلاق عدتها، فتأمل وراجع اهـ.

قلت: ما ذكره آخرأ قال الخير الرملي: إنه في طلاق أهل الحرب: أي فيما لو هاجر أحدهما مسلماً لأنه لا عدة عليها، وسيأتي تمامه هناك، وفي باب نكاح الكافر إن شاء الله تعالى. قوله: (وإن من قبله فطلاق) فيه نظر فإنه يقتضي أن يكون التباين والتقبيل والسبي والإسلام وخيار البلوغ والردة والملك طلاقاً وإن كانت من قبله، وليس كذلك كما ستراه، واستثناؤه الملك والردة وخيار العتق لا يجدي نفعاً لبقاء الأربعة الآخر. فالصواب أن يقال: وإن كانت الفرقة من قبله ولا يمكن أن تكون من قبلها فطلاق كما أفاده شيخنا طيب الله تعالى ثراه، وإليه أشار في البحر حيث قال: وإنما عبر بالفسخ ليفيد أن هذه الفرقة فسخ لا طلاق، فلا تنقص عدده لأنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها اهـ. ومثله في الفتاوى الهندية وعبارته: ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق، لأنها فرقة يشترك في سببها المرأة والرجل، وحيث يدعى في الأول: ثم إن كانت الفرقة من قبلها لا بسبب منه أو من قبله ويمكن أن تكون منها ففسخ فاشدد يدك عليه فإنه أجدى من تفريق العصي اهـ ح.

قلت: لكن يرد عليه إِبَاء الزوج عن الإسلام فإنه طلاق مع أنه يمكن أن يكون منها، وكذا اللعان فإنه من كل منهما وهو طلاق. وقد يجاب عن الأول بأنه على قول أبي يوسف: إن الإباء فسخ ولو كان من الزوج، وعن الثاني بأن اللعان لما كان ابتداءه منه صار كأنه من قبله وحده، فليتأمل. قوله: (أو خيار عتق) يقتضي أن للعبد خيار

وليس لنا فرقة منه ولا مهر عليه إلا إذا اختار نفسه بخيار عتق وشرط للكل القضاء إلا ثمانية، ونظم صاحب النهر فقال: [الكامل] [البسيط]

عتق، وهو سهو منه، فإننا قدمنا عن البحر وفتح القدير أن خيار العتق يختص بالأثني، وسيصرح به الشارح في باب نكاح الرقيق حيث يقول «ولا يثبت لغلام» ح. قوله: (وليس لنا فرقة منه) أي قبل الدخول ح. قوله: (إلا إذا اختار نفسه بخيار عتق) صوابه «بخيار بلوغ» ويدل عليه قول البحر: وليس لنا فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول ولا مهر عليه إلا هذه، فإنه راجع إلى خيار البلوغ، لأن كلامه فيه لا في خيار العتق كما تعلمه بمراجعة؛ ثم قال: وهذا الحصر غير صحيح لما في الذخيرة قبيل كتاب النفقات: حرّ تزوج مكاتبه بإذن سيدها على جارية بعينها فلم تقبض المكاتبه الجارية، حتى زوجتها من زوجها على مائة درهم جاز النكاحان؛ فإن طلق الزوج المكاتبه أولاً ثم طلق الأمة وقع الطلاق على المكاتبه ولا يقع على الأمة، لأن بطلاق المكاتبه تنتصف الأمة وعاد نصفها إلى الزوج بنفس الطلاق فيفسد نكاح الأمة قبل ورود الطلاق عليها فلم يعمل طلاقها، ويبطل جميع مهر الأمة عن الزوج مع أنها فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول بها، لأن الفرقة إذا كانت من قبل الزوج إنما لا تسقط كل المهر إذا كانت طلاقاً، وأما إذا كانت من قبله قبل الدخول وكانت فسخاً من كل وجه توجب سقوط كل الصداق كالصغير إذا بلغ. وأيضاً لو اشترى منكوحته قبل الدخول بها فإنه يسقط كل الصداق مع أن الفرقة جاءت من قبله لأن فساد النكاح حكم معلق بالملك، وكل حكم تعلق بالملك فإنه يحال به على قبول المشتري لا على إيجاب البائع، وإنما سقط كل الصداق لأنه فسخ من كل وجه اه بلفظه.

ويرد على صاحب الذخيرة: إذا ارتدّ الزوج قبل الدخول فإنها فرقة هي فسخ من كل وجه، مع أنه لم يسقط كل المهر بل يجب عليه نصفه، فالحق أن لا يجعل لهذه المسألة ضابط، بل يحكم في كل فرد بما أفاده الدليل اه كلام البحر.

قال في النهر: أقول في دعوى كون الفرقة من قبله فيما إذا ملكها أو بعضها نظر. ففي البدائع: الفرقة الواقعة بملكه إياها أو شقصاً منها فرقة بغير طلاق، لأنها فرقة حصلت بسبب لا من قبل الزوج فلا يمكن أن تجعل طلاقاً فتجعل فسخاً اه: وسيأتي إيضاحه في محله اه كلام النهر ح. قوله: (إلا ثمانية) لأنها تبتنى على سبب جلي، بخلاف غيرها فإنه يبتنى على سبب خفي، لأن الكفاءة شيء لا يعرف بالحس وأسبابها مختلفة، وكذا بنقصان مهر المثل وخيار البلوغ مبني على قصور الشفقة وهو أمر باطني، والإباء ربما يوجد وربما لا يوجد. كذا في البحر ح.

فُرُقُ النُّكَاحِ أَتَتْكَ جَمْعاً نَافِعاً فَسَخَّ طَلَاقٌ وَهَذَا الدُّرُّ يَحْكِيهَا
تَبَايُنُ الدَّارِمِغِ نُقْصَانِ مَهْرٍ كَذَا فَسَادُ عَقْدٍ وَفَقْدُ الكُفءِ يَنْعِيهَا

مَطْلَبٌ فِي فُرُقِ النُّكَاحِ

قوله: (فرق النكاح) هذا الشرط الأول من بحر الكامل، وما عداه من البسيط، وهو لا يجوز وقد غيرته إلى قولي:

إن النكاح له في قولهم فرق

ح. قوله: (فسخ طلاق) بدل من «فرق» بدل مفصل والخبر قوله «أتتك» أو خبر بعد خبر ط. قوله: (وهذا الدر) اسم الإشارة مبتدأ والدر بدل منه أو عطف بيان، والمراد به النظم المذكور شبهه بالدر لنفاسته، وجملة يحكيها: أي يذكرها خبر. قوله: (تباين الدار)^(١) حقيقة وحكماً، كما إذا خرج أحد الزوجين الحربيين إلى دار الإسلام غير مستأمن بأن خرج إلينا مسلماً أو ذمياً أو أسلم، أو صار ذمة في دارنا خلاف ما إذا خرج مستأمناً لتباين الدار حقيقة فقط، وبخلاف ما إذا تزوج مسلم أو ذمي حربية ثمة لتباين الدار حكماً فقط. ح بزيادة. قوله: (مع نقصان مهر) بتسكين عين. «مع» وهو لغة، وكسر راء «مهر» بلا تنوين للضرورة: يعني إذا نكحت بأقل من مهرها وفرق الولي بينهما فهي فسخ، لكن إن كان ذلك قبل الدخول فلا مهر لها، وإن كان بعده فلها المسمى كما يأتي ط. قوله: (كذا فساد عقد) كأن نكح أمة على حرة ط أو تزوج بغير شهود قوله: (وفقد الكفاء) أي إذا نكحت غير الكفاء فلأولياء حق الفسخ، وهذا على ظاهر الرواية، أما على رواية الحسن فالعقد فاسد ط. وتقدم أنها المفتى بها. قوله: (ينعيها) النعي: هو الإخبار بالموت، وهو تكملة أشار به إلى أن من نكحت غير

(١) في حكم العقد عند إسلام أحد الزوجين وتباين الدار.

إذا كان أحد الزوجين في دار الإسلام بذمة أو أمان، فأسلم دون زوجه الذي بدار الحرب أو كان الزوجان مقيمين بدار الحرب فأسلم أحدهما وهاجر إلى دار الإسلام، فقد اختلف الفقهاء في حكم عقد الزواج الذي بينهما.

فذهب الجمهور مالك والشافعي وأحمد إلى القول بعدم وقوع الفرقة إلا إذا انقضت العدة بدون إسلام من المتأخر منهما.

وذهب الحنفية إلى أن تباين الدار بين الزوجين موجب لقطع العصمة، فتقع الفرقة بينهما في الحال.

استدل الجمهور: -

أولاً: -

بما أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه عن داود بن الحصين، عن عكرمة عن ابن عباس قال: «رد رسول الله ﷺ ابنته زينب على أبي العاص بالنكاح الأول لم يحدث شيئاً» وفي رواية بعد ست سنين، وفي رواية بعد ستين.

دلّت هذه الروايات على أن اختلاف الدار بين الزوجين بعد إسلام أحدهما غير موجب لتعجيل الفرقة، =

= فإن رسول الله لم يوقعها بين زينب وابنته وزوجها مع أنها أسلمت واستقرت بالمدينة، وهي دار إسلام قبل زوجها أبي العاص الذي مكث بمكة كافرًا، وهي دار حرب حيثئذ. بل الذي حدث أن الرسول عند إسلام أبي العاص رد عليه زوجته بدون تجديد للنكاح بينهما، فكان دليلاً واضحاً على عدم وقوع الفرقة في الحال. ونوقش:

بأن الحديث في سننه محمد بن إسحاق، وقد تقدم ما فيه.

وعلى فرض صحته فقد قال ابن الهمام: إذا أمكن الجمع فهو أولى من إهدار أحد الحديين، وذلك بحمل قوله: على النكاح الأول على معنى بسبب كونه سابقاً مراعاة لحرمة كما يقال: ضربته على إساءته أي بسبب إساءته.

وقيل: إن معنى ردها بالنكاح الأول على مثل النكاح الأول لم يحدث زيادة في الصداق، وهو تأويل حسن، وقال الخطابي في حديث ابن عباس: إن صح فيحتمل أن تكون عدة زينب تناولت لاعتراض سبب من الأسباب حتى بلغت المدة المذكورة. واستدلوا ثانياً:

بما رواه البيهقي عن الشافعي عن جماعة من أهل العلم من قريش وأهل المغازي وغيرهم عن عدد مثلهم «أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران وامرأته هذه بنت عتبة كافرة بمكة، ومكة يومئذ دار حرب، وكذلك حكيم بن حزام ثم أسلمت المرأتان بعد ذلك، وأقر النبي ﷺ النكاح.

وجه الدلالة أن أبا سفيان بن حرب حين أسلم كان بمر الظهران، وهي دار إسلام، وكذلك حكيم بن حزام، وبقيت زوجتهما على كفرهما بمكة التي كانت حيثئذ دار حرب إذ لم تكن فتحت، ومع هذا لم يوقع رسول الله الفرقة بينهما في الحال. مع أن الدار تباينت بينهما، والذي صح نقله أنه لما أسلمت المرأتان بعد أقرهما على النكاح الأول، فدل هذا على أنه لا أثر لتباين الدارين في تعجيل الفرقة. ونوقش:

بأن المكان الذي أسلم به كل من أبي سفيان وحكيم كان من سواد مكة وتابعاً لها. فقد كان على مرحلة منها، وبذا يخرج الدليل عن محل النزاع.

أو أن أبا سفيان لم يكن أسلم إسلاماً صادقاً، وإنما كان في استجارة الرسول لما شفع له عمه العباس، ويؤيده قول أبي سفيان يوم حنين حين انهزم المسلمون أول الأمر بلسان الشامت المشغفي «لا ترجع هزيمتهم إلى البحر»، وإنما حسن إسلامه بعد الفتح.

ويقال: إن الذي أسلم يومئذ إسلاماً صادقاً هو أبو سفيان بن الحارث.

واستدلوا ثالثاً:

بما روى ابن سعد في الطبقات عن مالك بن أنس عن الزهري أن أم حكيم بنت الحارث بن هشام كانت تحت عكرمة بن أبي جهل، فأسلمت يوم الفتح، وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل حتى قدم اليمن فرحلت إليه امرأته باليمن، ودعته إلى الإسلام، وقدم على رسول الله ﷺ حتى بايعه، فبنا على نكاحهما.

وما روي بهذا الإسناد أن صفوان بن أمية أسلمت امرأته ابنة الوليد بن المغيرة زمن الفتح، فلم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده حتى أسلم صفوان، وكان بين إسلامهما نحو من شهر اه مختصراً.

دلت الروايتان على إقرار الرسول لزوجتي صفوان وعكرمة على نكاحهما بعد إسلام الزوجتين قبلهما وتباين الدار بينهما؛ إذ كانت مكة دار إسلام وقتئذ لفتح الرسول لها، وكان الطائف والساحل دار حرب، فلو كان تباين الدار وإسلام أحد الزوجين موجباً للفرقة في الحال لما أقر الرسول نكاحهما بعد تأخر إسلام الزوج بشهر، ولجدد النكاح بينهما..

ونوقش:

بأن الروايتين من رواية ابن شهاب ومن مراسيله، وهي لا يحتج بها. قال ابن حزم في صدر الكلام =

= عليها: «وأين للمستدلين أن الزوجين بقيا على نكاحهما الأول ولم يجددا عقداً، وهل جاء ذلك قط بإسناد صحيح متصل إلى النبي ﷺ أنه عرف ذلك فأقره.
ويقال: إن الهرب كان إلى حدود مكة وسوادها، فلم يحصل تباين في الدار، فلا تصلح للاستدلال.
واستدلوا رابعاً: .

بأن عقد النكاح عقد معاوضة بدليل عدم صحة تعليقه على شرط مستقبل شأن سائر عقود المعاوضات فلا يفسخ باختلاف الدار كسائر عقود المعاوضات من البيع والإجارة وغيرها.
ونوقش: .

بأن قياس النكاح على غيره من عقود المعاوضات المحضة قياس مع الفارق، فإن الثمن في البيع مثلاً هو المقصود الأصلي منه وهو مال غير متأثر بتباين الدار، فأكثر البياعات تكون بين مختلفي الدار أما النكاح فلما كان المقصود الأصلي منه هو التناسل والتوالد دون المال، وهو لا يتم إلا عند اتحاد الدار تفارق غيره من المعاوضات الأخرى.

واستدل الحنفية: .

أولاً: .

بقوله تعالى: «يأياها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا من حل لهن ولا هم يحلون لهن وآتوهن ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتوهن أجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر» .

دل قوله: «فلا ترجعوهن إلى الكفار» على أن الفرقة تقع بين الزوجة المهاجرة إلينا مسلمة وبين زوجها الذي تركته بدار الحرب كافراً؛ لأن الأمر بعدم إرجاعها إليه دليل على قطع النكاح بينهما ووقوع الفرقة بهجرتها.

كما دل قوله: «لا من حل لهن ولا هم يحلون لهن» على عدم الحل بين الزوجين متى اختلفت الدار بينهما واختلف دينهما، وذلك مفيد لقطع النكاح بينهما الذي كان سبباً في الحل.

وأيضاً دل قوله: «وآتوهن ما أنفقوا» على الأمر برد الزوجة المهاجرة مهرها لزوجها الكافر الذي اختار الإقامة بدار الحرب، والذي يعقل من ذلك هو انقطاع الزوجية بينهما وخروج المرأة عن أن تكون في عصمة هذا الزوج لثلا يجتمع العوضان في جهة واحدة.

ودل قوله: «ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتوهن أجورهن» على حل المهاجرات بينهن للمؤمنين الذين بدار الإسلام من غير اشتراط شيء سوى إتيانهن المهور، وذلك دليل أيضاً على عدم بقاء النكاح الأول إذ لو كان باقياً لشرط سبحانه مضي عدة مثلاً أو استبراء.

ودل قوله: «ولا تمسكوا بعصم الكوافر» على نهي المؤمنين أن يجعلوا الكافرة في عصمتهم، وإذا يتحقق فيما لو أسلم الزوج وهاجر إلى دار الإسلام تاركاً زوجته بدار الحرب، فأفاد انقطاع العصمة بينهما؛ لأن العصمة معناها المنع قال تعالى: «لا عاصم اليوم» أي لا مانع؛ وعليه فالزوجة أو الزوج متى أسلم، وتباينت الدار بينهما وقعت الفرقة في الحال.

ونوقش: .

بأن الفرقة ما وقعت بسبب تباين الدار بل بسبب إسلامها، وكذا سائر الأحكام المذكورة.

وأجيب: .

يمنع ذلك إذ لو كان الإسلام هو السبب للفرقة لكان الحكم هو الانتظار إلى ما بعد تمام العدة، فلا تباح للأزواج إلا بعدها، وليس كذلك، فإنه أباح الشارع للمرأة الزواج في الحال إلا إذا كانت حاملاً، فلما كان الحكم كذلك علم أن السبب شيء آخر وراه الإسلام هو تباين الدار.

واستدلوا ثانياً: .

بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ رد ابته زينب على أبي العاص بمهر جديد ونكاح جديد. =

= دل الحديث على أن تباين الدار بين الزوجين موجب للفرقة وانقطاع النكاح . فإن زينب كانت بدار الإسلام وزوجها كان بدار الحرب ، وكانت أسلمت قبله ، وجدد الرسول بينهما النكاح بعد إسلامه ، ولم يردها عليه بالنكاح الأول فكان هذا دليلاً على وقوع الفرقة في الحال عند تباين الدار بعد إسلام أحد الزوجين .

ونوقش :

بأن حديث عمرو بن شعيب أخرجه ابن ماجه ، وفي إسناده حجاج بن أرطاة ، وهو متكلم فيه بأنه لم يسمعه من عمرو بن شعيب إنما سمعه من محمد بن عبد الله العرزمي ، والعرزمي لا يساوي حديثه شيئاً قاله ابن كثير في الإرشاد ، وقال البيهقي كان الشافعي يتوقف في رواية ابنه عن جده إذا لم ينضم إليها ما يؤكدها ؛ لأنه قال في روايته عن أبيه عن جده : إنها صحيفة كتبها عبد الله بن عمرو .

كما أنهم قد اختلفوا في الاحتجاج بما يروى بهذا الإسناد . بسبب غير هذا ، وذلك . أن عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص ، فجده الأدنى تابعي ، والأعلى صحابي هو عبد الله ، فإن أريد بجده «الأدنى» فهو مرسل لا حجة فيه وإن أريد بجده «الأعلى» فهو متصل يحتج به ، فإذا أطلق ولم يبين احتمال الأمرين ، وقد ذهب جماعة من المحدثين إلى أنه لا يحتج به كما أنه معارض بحديث ابن عباس الذي سبق بيانه . وأجيب : -

بأن الطعن في السند غير صحيح ؛ لأنه جرح مبهم ، وقد وثق هذا السند أهل النقل حتى خرج له مسلم ، وذهب أكثر المحدثين إلى صحة الاحتجاج به قال النووي : وهو الصحيح المختار .

روى الحافظ عبد الغني بن سعيد المصري بإسناده عن البخاري أنه سئل : أيجتز به ؟ قال : رأيت أحمد بن حنبل وعلي بن المدني والحميدي يحتجون به ، وما تركه أحد من المسلمين بعدهم ، وروي عن إسحاق بن راهويه أنه قال : عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده كأيوب عن نافع عن ابن عمر هذا الشبه في نهاية الجلال من مثل إسحاق ، واختار أبو إسحاق الرازي في مهذبه ذلك ، لأنه ظاهر الجدل الأشهر المعروف بالرواية وهو عبد الله ، وعمرو بن شعيب ومحمد ثقات ، وقد ثبت سماع شعيب من محمد ومن عبد الله ، وأبطل المحدثون قول أبي حاتم بن حبان لم يلق عبد الله ؛ وقال البيهقي : وقد ذكرنا ما يدل على صحة سماع عمرو بن شعيب من أبيه وسماع أبيه من جده عبد الله بن عمرو .

أما رواية ابن عباس فمتروكة الظاهر كما قدمنا لاضطراب النقل فيها ؛ ولأن من تمسك بها لا يرى بقاء النكاح بعد انقضاء عدة المرأة قبل إسلام المتأخر منهما ، على أن العمل على حديث عمرو بن شعيب وإن كان حديث ابن عباس أجود إسناداً ، كذا روى الترمذي قال : سمعت عبد بن حميد يقول : سمعت يزيد بن هارون يقول ذلك .

واستدلوا ثالثاً : -

بأن تباين الدار بين الزوجين يجعل المرأة بحال تتمكن معها من استرقاق زوجها ؛ لأن من غلب من المسلمين على شيء في دار الحرب ملكه . حتى لو غلب على سيده صار في ملكه . وصار سيداً له ، وصوررة المرأة غالباً لزوجها مبطل للنكاح ، لأنه كملكها لرقبته ، والأخير مبطل في الحال فكذا الأول .

ونوقش : -

بأن الغلبة في دار الحرب إنما تكون على الأعيان لتصور الاستيلاء عليها ، أما الابضاع فغير ممكن الغلبة عليها ، ولهذا لو أن مسلماً تغلب على مشركة لم تصر له زوجة ، ولا يكون زوجها لها ، ولو حصل ملك لها وتغلب على رقبته .

وأجيب : -

بأن المانع من التغلب على الأطباع هو أمر خارجي ، وإلا فمالك الرقبة مالك لمنافعها والبضع من ضمنها ، وكون المشركة لا تحل للمسلم إذا ملكها ناشئ من وجود مانع فيها هو شركها لا لذاتها .

واستدلوا رابعاً : -

تَفْصِيلُ سَبِيٍّ وَإِسْلَامِ الْمُحَارِبِ أَوْ

كفاء فكانها ماتت ط . قوله: (تقبيل) بالرفع من غير تنوين للضرورة: أي فعله ما يوجب حرمة المصاهرة بفروعها الإناث وأصولها، أو فعلها ذلك بفروعه الذكور وأصوله ط . قوله: (سبي) فيه نظر لما في باب نكاح الكافر: والمرأة تبين بتباين الدارين لا بالسبي، ولئن كان المراد السبي مع التباين فالتباين مغن عنه ح . قوله: (وإسلام المحارب) أي لو أسلم أحد المجوسيين في دار الحرب بانته منه بمضي ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر قبل إسلام الآخر إقامة لشرط الفرقة، وهو مضي الحيض أو الأشهر مقام السبب، وهو الإبراء لتعذر العرض بانعدام الولاية، فيصير مضي ذلك بمنزلة تفريق القاضي، وهذه الفرقة طلاق عندهما فسخ عند أبي يوسف^(١) . قال في البحر في

= بأن تباين الدار بين الزوجين مفوت لمقاصد النكاح، وكل ما من شأنه ذلك موجب لوقوع الفرقة في الحال - إذ يكون الزوجان بحال يتعذر معها انتظام التعاون المنشود، فكان كاعتراض المحرمية بسبب الرضاع، وتقبيل ابن الزوج بشهوة، والأخيران تقع بهما الفرقة في الحال، فكذا تباين الدار إذ يجمع الكل وصف واحد، وهو المنافاة للنكاح الطارئة عليه .

ونوقش:

بأن تأثير اختلاف الدار إنما يتحقق في انقطاع الولاية وعدم السيادة، وهما لا يوجبان انقطاع النكاح، وليس لهما تأثير في الفرقة، ولا نجيزها بين الزوجين، ولهذا لو أسلمت المرأة في دار الحرب وبقي زوجها المستأمن بدار الإسلام لا تقع الفرق بينهما بمثل هذا التباين، وكذا لو دخل زوج المسلمة دار الحرب بأمان لا يكون هذا سبباً في انقطاع النكاح الذي بينهما، وأيضاً لو كان لانقطاع الولاية تأثيراً على النكاح لوقعت الفرقة بين الزوجين أحدهما باغ والآخر عادل، وليس كذلك .

وأجيب: .

بأن الفرقة لم تكن مترتبة على انقطاع الولاية، وإنما ثبتت لفوات مقاصد النكاح، وإذ كان النكاح مشروعاً لمقاصده يفوت بفواتها الذي سببه تباين الدار بين الزوجين حيث لا يتمكن كل منهما من الانتفاع بالآخر عادة، فإن وجود أحدهما بدار الحرب جعله في حكم الميت بالنسبة لمن في دار الإسلام . دل على ذلك قسمة ماله بين ورثته، وبالموت الحقيقي تنقطع العصمة في الحال، فكذا من في حكمه .

والتنظير بمن خرج بأمان إلى دار الإسلام، وأسلمت زوجته بدار الحرب ليس بصحيح؛ لأن المستأمن من أهل الدار التي خرج إليها حكماً لا حقيقة إذ هو متمكن من الرجوع إليها متى شاء، ومثله إذا دخل المسلم دار الحرب بأمان؛ لأنه من أهل دار الإسلام حكماً .

أما متعة أهل البغي فالخروج إليها خروج إلى دار الإسلام لأنها منها، وأهلها مسلمون مختلطون بأهل العدل، فلا تباين في الدار، فلا يصح التنظير . الحاوي الكبير ج ١٠ للماوردي ومغني ابن قدامة ج ٧ ص ٥٣٩ الباجي على الموطأ ح ٣ ص ٣٩٤ المبسوط للسرخسي ح ٥ ص ٥١ نيل الأوطار ٦/١٦٢ ..

(١) الفرقة الحاصلة عند إسلام أحد الزوجين دون الآخر .

قد اختلف الفقهاء فيها، فذهب جمهور الفقهاء منهم مالك في المشهور من مذهبه والشافعي، وابن حنبل، والقاضي أبو يوسف من الحنفية إلى القول بأنها فرقة فسخ لا طلاق .

وذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد من أصحابه وابن القاسم من المالكية إلى القول بأنه لو أسلم الزوج، وجاءت الفرقة من قبل الزوجة بسبب إياها عن الإسلام تكون فرقة فسخ .

وفيما إذا أسلمت الزوجة، وأبى الزوج تكون فرقة طلاق .

إِرْضَاعُ ضَرَّتِهَا قَدْ عُدَّ ذَا فِيهَا

باب نكاح الكافر: ينبغي أن يقال إنها طلاق في إسلامها، لأنه هو الأبوي حكماً فسخ في إسلامه. قوله: (أو إرضاع ضررتها) أي إذا أرضعت الكبيرة ضررتها الصغيرة في أثناء الحولين ينفسخ النكاح، كما يأتي في باب الرضاع لكونه يصير جامعاً بين الأم وبناتها ط. والضرة غير قيد، فإن منه ما مثل به في البدائع: لو أرضعت الصغيرة أم زوجها أو أرضعت زوجتيه الصغيرتين امرأة أجنبية. قوله: (خيار عتق) قد علمت أنه لا يكون إلا من جهتها، بخلاف ما بعده ح. قوله: (بلوغ) بالجر عطفاً على عتق بإسقاط العاطف ط. قوله: (ودة) بالرفع عطفاً على تباين بحذف العاطف ط. والمراد ردة أحدهما فقط، بخلاف ما لو ارتدا معاً فإنهما لو أسلما معاً يبقى النكاح^(١). قوله: (ملك

= استدلال الجمهور: - أولاً

بأن هذه فرقة نشأت عن اختلاف الدين الطارئ بين الزوجين ولم تحدث بسبب لفظي تلفظ به من بيده الطلاق، بل الشارع هو الذي حكم بوقوعها، فكانت واقعة بلا موقع لها، وكل فرقة كذلك تكون فسخاً لا طلاقاً. مثاله فرقة الرضاع.

ونوقش: - بأنها وقفت بسبب إصرار المصير على كفره، والإصرار باختياره، فكانت بموقع. واستدلوا ثانياً: -

بقياس الفرقة بإسلام أحد الزوجين على الفرقة بالمحرمية، وخيار البلوغ وملك أحدهما الآخر، وهي في الأخيرة فرقة فسخ، فلكذلك تكون في الأولى للاشتراك في السبب؛ لأنه يجمع الكل كونه فرقة.

ونوقش: - بأنه قياس مع الفارق، فإن فرقة المحرمية وملك أحد الزوجين صاحبه سببها التنافي، وفي خيار البلوغ الفرقة جاءت من تطرق الخلل إلى مقاصد الزواج بسبب قصور شفقة العاقد لضعف قرابته، وعلى اعتبار هذا التطرق لا يكون للنكاح وجود في الأصل، ولا انعقاد، فكان الوجه في الفرقة أن تكون فسخاً، أما في إسلام أحد الزوجين، فالسبب هو الإباء، فافترقا في السبب، فيفترقان في نوع الفرقة. واستدل الحنفية ومن معهم: -

بأن الأصل في الفرقة أن تكون طلاقاً، فيجب جعلها كذلك ما أمكن إلا أنه في حالة إسلام الزوج دون زوجته وإيائها عن الإسلام يتعذر جعلها طلاقاً، لما عرف من أن المرأة لا تملك شيئاً من الطلاق، فتكون الفرقة فسخاً، لأنه هو الذي تتملكه حين مقدرتها على التفريق.

وأما في حالة تقدم إسلام الزوجة وإيائه الزوج، فإن الإمساك يكون من قبله، فيتعين على التسريح بالإحسان، فإذا فعله بمباشرة الطلاق، فقد أتى بما طلب منه، وإلا ناب القاضي منابه، وحينئذ يكون فعل القاضي طلاقاً إذ كان نائباً عمن إليه الطلاق ونظير هذا التصريح بالجب والعتة.

المبسوط للسرخسي ٤٠/٥، فتح القدير ٥٠٦/٢، مغني ابن قدامة ٥٣٢/٧، والشرح الكبير للدموقي ٢/٢٦٧، بدائع الصنائع ٣٣٦/٢، الحطاب ٤٧٧/٣، حواشي التحفة ٣٢٨/٧.

(١) إذا ارتد أحد الزوجين بأن ترك دين الإسلام، ودخل في دين الكفر فقد اتفق الفقهاء على أن الردة تبطل عقد الزواج بينهما، وتكون سبباً في وقوع الفرقة.

ولكنهم اختلفوا في وقت وقوعها والحكم بانفساخ العقد. فالحنفية والمالكية والحنابلة في إحدى الروايتين عندهم قائلون بتجيب الفرقة بمجرد الارتداد من أحدهما زوجاً كان أو زوجة حصل دخول أولاً. وذهب الشافعية والحنابلة في الرواية الأخرى إلى أن الردة إذا كانت قبل الدخول تتعجل الفرقة بها ويبطل العقد. =

= وإذا كانت بعد الدخول توقف النكاح ومنع الزوج من قربان الزوجة حتى تمام العدة، فإن لم يرجع المرتد حتى تمت العدة وقعت الفرقة من حين حدوثها، وإن رجع وجمعهما إسلام في العدة بقي النكاح على حاله.

وقال ابن أبي ليلى: لا تقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول حتى يستتاب المرتد، فإن تاب فهي امرأته، وإلا فلا.

استدل ابن أبي ليلى: .

بأن الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين كالفرقة بإسلام أحدهما لأن كلا الفرقتين بسبب اختلاف دين طارئ على العقد، وفيما إذا أسلم أحد الزوجين لا تقع الفرقة إلا بيباه المتأخر عن الإسلام بعد عرضه عليه، فكذا لا تقع الفرقة بالردة حتى يطلب منه الرجوع عن رده فيمتنع، فإنه في الحالين يظهر من حال المتأخر عدم إرادة الإمساك بالمعروف، وتنعهد مقاصد النكاح فتقع الفرقة، والمرأة إذا ارتدت واستتبت فلم تنب صارت منابذة لملء زوجها، فيتعذر عليه إمساكها، فأوجب ذلك وقوع الفرقة.

ونوقش: .

بالفرق بين الفرقة بالردة وبإسلام أحدهما؛ لأن الردة ما أوجبت الفرقة إلا لكونها فوتت مقاصد النكاح، فإن المرتد مستحق للقتل المفوت لما شرع له وهو بقاء النسل؛ وبهذا كانت منافية للنكاح، واعتراض المنافي عليه موجب للفرقة في الحال لعدم احتمال المنافي للتراخي كالمحرمة، بخلاف إسلام أحد الزوجين؛ لأن الإسلام غير مناف للنكاح بل هو مقيد له.

واستدل الشافعي ومن معه: . أولاً

بأن اختلاف الدين بالردة المقصود بها منابذة الملة إذا طرأ على النكاح قبل الدخول كان تأثيره أكبر مما لو طرأ عليه بعده إذ في الأول النكاح غير متأكد، فطروء الردة عليه موجب للفرقة في الحال، وفي الثاني وهي ما إذا طرأت الردة على النكاح بعد الدخول هو متأكد، فاستدعي ذلك سبباً آخر تضاف إليه الفرقة، وليس هناك وراء الردة إلا الانتظار إلى انقضاء العدة؛ لأنها المعتبرة شرعاً، فيتنظر إلى تمامها، فإن مضت بدون رجوع من المرتد عن رده ووقعت، وإن رجع فيها بقي النكاح.

ونوقش: .

بأن اختلاف الدين بالردة إما أن يكون سبباً موجباً للفرقة في الحال أولاً، فإن كان الأول يستوي الحكم فيما قبل الدخول وبعده، ولا حاجة إلى الانتظار فيما بعده إلى انقضاء العدة.

وإن كان الثاني لم يحكم بوقوع الفرقة قبل الدخول لكن الاتفاق حاصل على وقوعها في الحال إذا كانت الردة قبل الدخول، فأوجب هذا كون اختلاف الدين بالردة سبباً، وإذا كان كذلك استوى فيه ما قبل الدخول بما بعده، ولا وجه للفرقة.

واستدل الحنفية ومن معهم: . أولاً

أن الردة بمنزلة الموت لكونها مفضية إليه، وموجبة له عند عدم التوبة والرجوع، والموت مفوت لمحلية النكاح في الحال لمنافاته لها، فكذا الردة لكونها منافية له أيضاً، والمنافي لا يحتل التراخي فتقع الفرقة في الحال.

ونوقش: .

بالفرق بين الردة والموت، فإن المرتد قد يرجع عن رده بخلاف الميت لجريان العادة بعدم إرجاعه إلى الحياة إذا أراد.

وأجيب: .

بأن هذا الاحتمال لا يمنع أن يعمل المنافي المحقق وجوده عمله حتى يحكم ببقاء النكاح، وكيف يبقى مع زوال المحلية، ثم كون المرتد قد يرجع عن رده لا ينفي عمل المنافي عمله. والمرتد إن تاب فلا مانع أن يرجع إلى امرأته بنكاح جديد وعقد جديد. فتح القدير على الهداية ٢/ ٥١٤. مغني ابن قدامة ٧/ ٥٦٤، =

خِيَارُ عِثْقِ بُلُوعِ رِدَّةٍ وَكَذَا مِلْكُ لِبَغْضٍ وَتِلْكَ الْفَسْخُ بِحَصِيهَا
أَمَّا الطَّلَاقُ فَجَبُّ عِنَّةٍ وَكَذَا إِبْلَاؤُهُ وَلَعَانُ ذَلِكَ يَثْلُوهَا
قَضَاءُ قَاضٍ أَتَى شَرْطُ الْجَمْعِ خَلَا مِلْكُ وَعِثْقِ وَإِسْلَامُ أَتَى فِيهَا

لبعض) أفاد أن ملك الكل كذلك بدلالة الأولى ح. قوله: (وتلك الفسخ بحصيتها) أي يجمعها ويتحقق في كل منها، والإشارة إلى الاثني عشر المتقدمة وقد علمت سقوط السبي، وكان ينبغي أن يذكر بدله ما في البدائع: تزوج مسلم كتابية يهودية أو نصرانية فتمجست تثبت الفرقة بينهما، لأن المجوسية لا تصلح لنكاح المسلم، ثم لو كانت قبل الدخول فلا مهر لها ولا نفقة لأنها فرقة بغير طلاق فكانت فسخاً، ولو بعد الدخول فلها المهر دون النفقة لأنها جاءت من قبلها اهـ. وقد غيرت البيت الذي قبل هذا وأسقطت منه السبي، وزدت هذه المسألة فقلت:

إِزْضَاعُ إِسْلَامِ حَرْبِيٍّ تَمَجُّسٌ نَضْرَانِيَّةٌ قُبْلَةٌ قَدْ عُدَّذَا فِيهَا
وقد علمت أن إسلام الحربيّ فسخاً مفرغ على قول الثاني أو على ما بحثه في البحر. قوله: (أما الطلاق الخ) أي أمر الفرقة التي هي طلاق فهي الفرقة بالجب، والعتة، والإيلاء، واللعان، وبقي خامس ذكره في الفتح وهو: إياء الزوج عن الإسلام: أي لو أسلمت زوجة الذميّ وأبى عن الإسلام فإنه طلاق، بخلاف عكسه، فإنها لو أبت يبقى النكاح، وقد غيرت البيت إلى قلبي:

أَمَّا الطَّلَاقُ فَجَبُّ عِنَّةٍ وَإِبَا ءِ الزَّوْجِ إِبْلَاؤُهُ وَاللَّعْنُ يَثْلُوهَا
وكذا إسلام أحد الحربيين فرقة بطلاق على قولهما، لكن لما مشى على كونه فسخاً لم تذكره.

تنمة: قدمنا عن الفتح أن كل فرقة بطلاق يلحق الطلاق عدتها إلا اللعان لأنه حرمة مؤبدة. قوله: (خلا ملك الخ) أراد بالملك ملك أحدهما للآخر أو لبعضه، وبالعتق خيار الأمة إذا أعتقها مولاها بعد ما زوجها، بخلاف العبد، وبالإسلام إسلام أحد الحربيين، وبالتقبيل فعل ما يوجب حرمة المصاهرة فإنه لا يرتفع النكاح بمجرد ذلك، بعد المتاركة أو تفريق القاضي كما مر في المحرّمات، فلم يتعين التفريق، وقد علمت أن ذكر السبي لا محل له.

وحاصل ما ذكره مما لا يحتاج إلى القضاء ثمانية، ويرد عليه الفرقة بالردة، فسيأتي أن ارتداد أحدهما فسخ في الحال، وقد غيرت البيت الأخير إلى قلبي: [البسيط]

تَقْبِيلُ سَنَبِيٍّ مَعَ الْإِبْلَاءِ يَا أَمَلِي تَبَايُنٌ مَعَ فَسَادِ الْعَقْدِ يُذْنِبُهَا
(وبطل خيار البكر بالسكوت) لو مختارة (عالمة ب) أصل (النكاح) فلو سألت
عن قدر المهر قبل الخلوة^(١)، أو عن الزوج، أو سلمت على الشهود لم يبطل
خيارها. نهر بحثاً

إِبْلَاؤُهُ رِدَّةٌ أَيْضاً مُصَاهَرَةٌ تَبَايُنٌ مَعَ فَسَادِ الْعَقْدِ يُذْنِبُهَا
قوله: (وبطل خيار البكر) أي من بلغت وهي بكر. قوله: (لو مختارة) أما لو بلغها
الخبر فأخذها العطاس أو السعال، فلما ذهب عنها قالت لا أرضى، جاز الرد إذا قالت
متصلاً، وكذا إذا أخذ منها فترك فقالت لا أرضى، جاز الرد. ط عن الهندية. قوله:
(عالمة بأصل النكاح) فلا يشترط علمها بثبوت الخيار لها، أو أنه لا يمتد إلى آخر
المجلس كما في شرح الملتقى؛ وفي جامع الفصولين: لو بلغت وقالت الحمد لله اخترت
نفسي، فهي على خيارها، وينبغي أن تقول في فور البلوغ: اخترت نفسي ونقضت
النكاح، فبعده لا يبطل حقها بالتأخير حتى يوجد التمكين اهـ. قوله: (فلو سألت الخ) لا
محل لهذا التفريع بل المقام مقام الاستدراك، لأن بطلان الخيار بعلمها بأصل النكاح
يقتضي بطلانه بالأولى في هذه المسائل المذكورة لا عدم بطلانه، لأنها إنما تكون بعد
العلم بأصل النكاح. ولو فرض وجودها قبله لم يحصل نزاع في عدم بطلان الخيار بها مع
أن النزاع قائم كما تراه قريباً. قوله: (نهر بحثاً) أي على خلاف ما هو المنقول في الزيلعي
والمحيط والذخيرة، وأصل البحث للمحقق ابن الهمام حيث قال: وما قيل لو سألت عن
اسم الزوج أو عن المهر أو سلمت على الشهود بطل خيارها، تعسف لا دليل عليه؛
وغاية الأمر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح؛ ولو سألت البكر عن اسم الزوج لا ينفذ
عليها، وكذا عن المهر، وكذا السلام على القادم لا يدل على الرضا، كيف وإنما أرسلت
لغرض الإشهاد على الفسخ اهـ ملخصاً. ونازعه في البحر في السلام بأن خيار البكر يبطل
بمجرد السكوت، ولا شك أن الاشتغال بالسلام فرق السكوت.

(١) تفسير الخلوة الصحيحة:

والخلوة الصحيحة هي أن يجتمع الزوجان في مكان آمنين من اطلاع الغير عليهما بغير إذنهما، وأن يكون
الزوج بحيث يتمكن من الوطء بلا مانع حسي يمنعه أصلاً، كوجود ثالث معهما يعقل الجماع، أو يمنع
صحتها بعد تحققها كمرض أحدهما مرضاً يمنع الجماع، أو يلحق المريض بسببه ضرر. أو شرعي كصوم
في رمضان، أو إحرام بحج فرضاً أو نفلاً أو بعمره قبل الوقوف بعرفة أو بعده قبل الطواف، وكذا صلاة
فرض فقط، أو طبيعي كالمرض، ومثل بعضهم له بوجود ثالث عاقل كذا ذكره ابن الكمال، وجعله في
الأسرار من الحسي، وإذا نظرنا من ناحية نهي الشارع عنه قلنا بأنه مانع شرعي، فهو إذا لهذه المعاني صح
أن يكون حسياً، وشرعياً، وطبيعياً، ومثلوا للطبيعي أيضاً بالحيض مع كونه شرعياً، فهو شرعي وطبيعي،
ونقل عن السرخسي أن جارية أحدهما تمنع الصحة بناء على أنه يمتنع من وطء زوجته بحضرتها طبعاً مع
كونه لا بأس به شرعاً، فهو على هذا مانع طبيعي لا شرعي، ولكنه حسي أيضاً.

(ولا يمتد إلى آخر المجلس) لأنه كالشفعة، ولو اجتمعت معه تقول أطلب الحقين ثم تبدأ بخيار البلوغ لأنه ديني،

قال في النهر: وأقول: ممنوع، فقد نقلوا في الشفعة أن سلامه على المشتري لا يبطلها، لأنه ﷺ قال «السَّلَامُ قَبْلَ الْكَلَامِ»^(١) ولا شك أن طلب الموائبة بعد العلم بالبيع يبطل بالسكوت كخيار البلوغ ولو كان السلام فوقه لبطلت، وقالوا: لو قال من اشتراها وبكم اشتراها لا تبطل شفعتها كما في البزازية، وهذا يؤيد ما في فتح القدير؛ نعم ما وجه به في المهر إنما يتم إذا لم يخل بها، أما إذا خلاها خلوة صحيحة فالوقوف على كميته اشتغال بما لا يفيد لوجوبه بها فإطلاق عدم سقوطه مما لا ينبغي اهـ كلام النهر. وعن هذا الأخير قال الشارح: قبل الخلوة.

والحاصل أن المنقول في هذه المسائل الثلاث بطلان الخيار، ويبحث في الفتح عدمه فيها، ونازعه في البحر في مسألة السلام فقط، وانتصر في النهر للفتح في الكل، وكذا المحقق المقدسي والشرنبلالي، وكان أصل الحكم مذكور بطريق التخريج والاستنباط من بعض مشايخ المذهب؛ فنازعهم في الفتح في صحة هذا التخريج، فإنه وإن كان من أهل الترجيح كما ذكره في قضاء البحر بل بلغ رتبة الاجتهاد كما ذكره المقدسي في باب نكاح العبد، لكنه لا يتابع فيما يخالف المذهب؛ فلو كان هذا الحكم منقولاً عن أحد أئمتنا الثلاثة لما ساغ لهؤلاء اتباع بحثه المخالف لمنقول المذهب، وما يؤيد أنه قول لبعض المشايخ لا نص مذهبي قول المحقق «وما قيل الخ» فافهم. قوله: (ولا يمتد إلى آخر المجلس) أي مجلس بلوغها أو علمها بالنكاح كما في الفتح: أي إذا بلغت وهي عاتمة بالنكاح أو علمت به بعد بلوغها فلا بد من الفسخ في حال البلوغ أو العلم، فلو سكتت ولو قليلاً بطل خيارها ولو قبل تبدل المجلس. قوله: (لأنه كالشفعة) أي في أنه يشترط لثبوتها أن يطلبها الشفيع فور علمه في ظاهر الرواية حتى لو سكت لحظة أو تكلم بكلام لغو بطلت، وما صححه الشارح في بابها من أنها تمتد إلى آخر المجلس ضعيف كما سيأتي إن شاء الله تعالى. قوله: (ولو اجتمعت معه) أي الشفعة مع خيار البلوغ ح. قوله: (ثم تبدأ بخيار البلوغ) هذا قول، وقيل بالشفعة، وفي شفعة البزازية له حق خيار البلوغ والشفعة فقال: طلبتها واخترت نفسي يبطل المؤخر ويثبت المقدم، لأنه يمكنه أن يقول طلبتهما، أو أجزتهما، أو اخترتهما جميعاً نفسي والشفعة. قال القاضي أبو جعفر: يقدم خيار البلوغ لأن في خيار الشفعة ضرب سعة لما مر أنه لو قال من اشترى وبكم اشترى لا تبطل، وقيل يقول طلبت الحقين اللذين ثبتا لي الشفعة ورد النكاح اهـ. وتوقف الخير الرملي في وجه التعيين، واستبعد الخلاف

(١) أخرجه الترمذي (١٦٦٩) وذكره الحافظ في المطالب (٢٦٤٨) وانظر التلخيص ٩٥/٤.

وتشهد قائلة بلغت الآن ضرورة إحياء الحق (وإن جهلت به) لتفرغها للعلم
(بخلاف)

فيه لأن الظاهر أن بعض المتقدمين قال على سبيل التمثيل: طلبتهما نفسي والشفعة، وبعضهم قال: الشفعة ونفسي، فظن بعض المتأخرين أن ذلك حتم، وليس كذلك لأن طلب الحقين جملة هو المانع من السقوط، فحيث ثبت ذلك بالإجمال المتقدم لا يضر في البيان تقديم أحدهما على الآخر، بل لو قيل لا حاجة إلى التفسير لكان له وجه وجيه اهـ ملخصاً، فتأمل.

قلت: وأما الثيب فتبدأ بالشفعة بلا خلاف لأن خيارها يمتد كما يأتي. قوله: (وتشهد الخ) قال في البرازية: وإن أدركت بالحيض تختار عند رؤية الدم، ولو في الليل تختار في تلك الساعة، ثم تشهد في الصباح وتقول: رأيت الدم الآن، لأنها لو أسندت أفسدت، وليس هذا بكذب محض بل من قبيل المعارض المسوغة لإحياء الحق، لأن الفعل الممتد لدوامه حكم الابتداء والضرورة داعية إلى هذا لا إلى غيره اهـ.

وحاصله: أنها تعني بقولها بلغت الآن: إني الآن بالغة، لئلا يكون كذباً صريحاً لأنه حيث أمكن إحياء الحق بالتعريض، وهو أن يريد المتكلم ما هو خلاف المتبادر من كلامه كان أولى من الكذب الصريح، فافهم. وفي جامع الفصولين: فإن قالوا متى بلغت تقول كما بلغت نقضته، لا تزيد على هذا، فإنها لو قالت بلغت قبل هذا ونقضته حين بلغت لا تصدق والإشهاد لا يشترط لاختيارها نفسها، لكن شرط لإثباته بيينة ليسقط اليمين عنها، وتحليفها على اختيارها نفسها كتحليف الشفيع على الشفعة، فإن قالت للقاضي: اخترت نفسي حين بلغت صدقت مع اليمين، ولو قالت: بلغت أمس وطلبت الفرقة لا يقبل وتحتاج إلى البيينة. وكذا الشفيع لو قال: طلبت حين علمت فالقول له، ولو قال: علمت أمس وطلبت لا يقبل بلا بيينة اهـ.

قلت: وتحصل من مجموع ذلك أنها لو قالت: بلغت الآن وفسخت تصدق بلا بيينة ولا يمين، ولو قالت: فسخت حين بلغت تصدق بالبيينة أو اليمين، ولو قالت: بلغت أمس وفسخت، فلا بد من البيينة لأنها لا تملك إنشاء الفسخ في الحال، بخلاف الصورة الثانية، حيث لم تسنده إلى الماضي فقد حكمت ما تملك استئنافه، فقد ظهر الفرق بين الصورتين وإن خفي على صاحب الفصولين كما أفاده في نور العين. قوله: (وإن جهلت به) أي بأن لها خيار البلوغ أو بأنه لا يمتد. قال القهستاني: وهذا عند الشيخين. وقال محمد: إن خيارها يمتد إلى أن تعلم أن لها خياراً كما في التنف. قوله: (لتفرغها للعلم) أي لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع، والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل. بحر: أي أنها يمكنها التفرغ للتعلم لفقد ما يمنعه منه، وإن لم تكلف به قبل بلوغها. قوله: (بخلاف)

خيار (المعتقة) فإنه يمتد لشغلها بالمولى (وخيار الصغير والشيبة إذا بلغا لا يبطل) بالسكوت (بلا صريح) رضا (أو دلالة) عليه (كقبلة ولمس) ودفع مهر (لا) يبطل (بقيامهما عن المجلس) لأن وقته العمر فيبقى حتى يوجد الرضا، ولو ادعت التمكين كرهاً صدقت، ومفاده أن القول لمدعي الإكراه لو في حبس الوالي فليحفظ (الوالي في النكاح) لا المال

خيار المعتقة فإنه يمتد أي يمتد إلى آخر المجلس ويبطل بالقيام عنه كما في الفتح، فافهم. وكذا لا يحتاج إلى القضاء، بخلاف خيار البكر على ما مر.

والحاصل كما في النهر: أن خيار العتق خالف خيار البلوغ في خمسة: ثبوته للأنتى فقط، وعدم بطلانه بالسكوت في المجلس، وعدم اشتراط القضاء فيه، وكون الجهل عذراً، وفي بطلانه بما يدل على الإعراض؛ وهذا الأخير بخلاف خيار الشيب والغلام على ما يأتي اهـ. وأراد بالمعتقة التي زوجها مولها قبل العتق صغيرة أو كبيرة، فيثبت لها خيار العتق لا خيار البلوغ لو صغيرة، إلا إذا زوجها بعد العتق فيثبت لها وللعبد الصغير أيضاً، بخلاف خيار العتق فإنه لا يثبت له لو زوجها قبل العتق صغيراً أو كبيراً كما حررناه سابقاً. قوله: (والشيبة) شمل ما لو كانت ثيباً في الأصل أو كانت بكراً ثم دخل بها ثم بلغت كما في البحر وغيره. قوله: (أو دلالة) عطف على «صريح» وضمير «عليه» للرضا ط. قوله: (ودفع مهر) حمله في الفتح على ما إذا كان قبل الدخول، أما لو دخل بها قبل بلوغه، ينبغي أن لا يكون دفع المهر بعد بلوغه رضا، لأنه لا بد منه أقام أو فسخ اهـ بحر. ومثله يقال في قبولها في المهر بعد الدخول بها أو الخلوة. أفاده ط. ومن الرضا دلالة في جانبها تمكينه من الوطاء وطلب الواجب من النفقة، بخلاف الأكل من طعامه وخدمته. نهر عن الخلاصة. وتقدم في استئذان البالغة تقييد الخدمة بما إذا كانت تخدمه من قبل، والظاهر جريانه هنا. قوله: (لأن وقته العمر الخ) على هذا تظافت كلمتهم كما في غاية البيان، فما نقل عن الطحاوي من أنه يبطل بصريح الإبطال، أو بما يدل عليه كما إذا اشتغلت بشيء آخر مشكل، إذ يقتضي تقيده بالمجلس. فتح.

والجواب: أن مراده بالشيء الآخر عمل يدل على الرضا كالتمكين ونحوه، لتصريحه بأنه لا يبطل بالقيام عن المجلس بحر. قوله: (صدقت) أي لأن الظاهر يصدقها. فتح. قوله: (ومفاده الخ) قال في المنح: وهذا الفرع يدل على ما نقله البزازي وأتى به مولانا صاحب البحر من أن القول قول مدعي الإكراه إذا كان في حبس الوالي ح. قوله: (لا المال) فإنه الولي في الأب ووصيه والجد ووصيه والقاضي ونائبه

(العصبة بنفسه) وهو من يتصل بالميت حتى المعتقة (بلا توسطة أنثى) بيان لما قبله (على ترتيب الإرث والحجب) فيقدم ابن المجنونة على أبيها،

فقطح. ثم لا يخفى أن قوله «لا المال» على معنى فقط: أي المراد بالولي هنا الولي في النكاح، سواء كان له ولاية في المال أيضاً كالأب والجد والقاضي، أو لا كالأخ لا الولي في المال فقط، وبه اندفع ما في الشرنبلالية من أن فيه تدافعاً بالنسبة إلى الأب والجد لأن لهما ولاية في المال أيضاً. قوله: (العصبة بنفسه) خرج به العصبة بالغير كالبنات تصير عصبة بالابن، ولا ولاية لها على أمها المجنونة، وكذا العصبة مع الغير كالأخوات مع البنات، ولا ولاية للأخت على أختها المجنونة كما في المنح والبحر. والمراد خروجهما من رتبة التقديم، وإلا فلهما ولاية في الجملة، يدل عليه قول المصنف بعد «فإن لم يكن عصبة الخ». والحاصل أن ولاية من ذكر بالرحم لا بالتعصيب، وإن كانت في حال عصوبتها كالبنات مع الابن الصغير فإنها تزوج أمها المجنونة بالرحم لا بكونها عصبة مع الابن. قوله: (وهو من يتصل بالميت) الضمير للعصبة المذكور المراد به المعهود في باب الإرث بقريته قوله «على ترتيب الإرث والحجب» فيكون تعريفه ما عرفوه به في باب الإرث. فلا يرد ما قيل: إنه لا ميت هنا، فالأولى أن يقال: وهو من يتصل بغير المكلف، فافهم. هذا وفي النهر: هو من يأخذ كل المال إذا انفرد والباقي مع ذي سهم، وهذا أولى من تعريفه بذكر يتصل بلا واسطة أنثى إذ المعتقة لها ولاية الإنكاح على معتقها الصغير حيث لا أقرب منها اهـ. فعبّر الشارح بمن بدل ذكر لإدخال المعتقة فيندفع اعتراض النهر، لكن يرد عليه كما قال الرحمتي: عصبات المعتقة، فإن لهم ولاية بعدها مع أنهم متصلون بواسطة أنثى اهـ. فالأولى تعريف النهر، ولا يرد عليه أن العصبة هنا لا يأخذ كل المال ولا شيئاً منه لما قلنا آنفاً، ونظيره قولهم في نفقة الأرحام: تجب النفقة على الوارث بقدر إرثه، مع أن الكلام في النفقة على الحي، أو يقال: المراد من يسمي عصبة ولو فرض المقصود تزويجه ميتاً، وعلى كل فتكلف التأويل عند ظهور المعنى غير لازم، والاعتراض بما لا يخطر بالبال غير وارد، بل ربما يعاب على فاعله كما عيب على من أورد على تعريفهم الماء الجاري بأنه ما يذهب بتبنة أنه يصدق على الحمار مثلاً أنه يذهب بها. قوله: (بيان لما قبله) أي لقوله «العصبة بنفسه» لأنه لا يكون إلا بلا توسط أنثى: يعني إذا كان من جهة النسب، أما من السبب فقد يكون كعصبة المعتقة، ولا يخفى أنه بيان بالنسبة لكلام المتن. أما في كلام الشارح فهو جزء من التعريف لأنه أفاد إخراج من يتصل بالميت بواسطة أنثى كالجد لأم مثلاً. قوله: (فيقدم ابن المجنونة على أبيها) هذا عندهما خلافاً لمحمد، حيث قدم الأب، وفي الهندية عن الطحاوي أن الأفضل أن يأمر

لأنه يحجبه حجب نقصان (بشرط حرية وتكليف وإسلام

الأب الابن بالنكاح حتى يجوز بلا خلاف اهـ. وابن الابن كالابن، ثم يقدم الأب، ثم أبوه، ثم الأخ الشقيق، ثم الأب. وذكر الكرخي أن تقديم الجد على الأخ قول الإمام، وعندهما يشتركان، والأصح أنه قول الكل. ثم ابن الأخ الشقيق، ثم لأب، ثم العم الشقيق، ثم لأب، ثم ابنه كذلك، ثم عم الأب كذلك، ثم ابنه كذلك، ثم عم الجد كذلك، ثم ابنه كذلك. كل هؤلاء لهم إجبار الصغيرين، وكذا الكبيرين إذا جئا، ثم المعتق ولو أثنى، ثم ابنه وإن سفل، ثم عصبته من النسب على ترتيبهم. بحر عن الفتح وغيره.

تنبيه: يشترط في المعتق أن يكون الولاء له ليخرج من كانت أمها حرة الأصل وأبوها معتق فإنه لا ولاية لمعتق الأب عليها، ولا يرثها، فلا يلي إنكاحها كما نبه عليه صاحب الدرر في كتاب الولاء. فلو لم يوجد لها سوى الأم ومعتق الأب فالولاية للأم دونه، ولم أر من نبه عليه هنا. أفاده السيد أبو السعود عن شيخه. قوله: (لأنه يحجبه حجب نقصان) فيه أن الأب لا يرث بالفرضية أكثر من السدس، وذلك مع الابن وابنه، ومع البنت يرثه بالفرض، والباقي بالتعصيب، وعند عدم الولد بالتعصيب فقط، وليس ما يرثه بالتعصيب، مقدراً حتى ينقص منه، فالأولى التعليل بأنه لا يكون عصبه مع الابن. تأمل. قوله: (بشرط حرية الخ) قلت: وبشرط عدم ظهور كون الأب أو الجد سبب الاختيار مجانة وفسقاً إذا زوج الصغير أو الصغيرة بغير كفء أو بغبن فاحش، وكونه غير سكران أيضاً كما مر بيانه، واحترز بالحرية عن العبد فلا ولاية له على ولده ولو مكاتباً إلا على أمته دون عبده لنقصه بالمهر والنفقة كما سيأتي في بابه، وبالتكليف عن الصغيرة والمجنونة، فلا يزوج في حال جنونه مطبقاً أو غير مطبق، ويزوج حال إفاقته عن المجنون بقسميه، لكن إن كان مطبقاً تسلب ولايته فلا تنتظر إفاقته، وغير المطبق الولاية ثابتة له فتنتظر إفاقته كالثائم، ومقتضى النظر أن الكفء الخاطب إذا فات بانتظار إفاقته تزوج موليته، وإن لم يكن مطبقاً، وإلا انتظر على ما اختاره المتأخرون في غيبة الولي الأقرب على ما سنذكره. فتح. وتبعه في البحر والنهر، والمطبق شهر، وعليه الفتوى. بحر.

مطلب: لا يصح تولية الصغير شيخاً على خيرات

تنبيه: علل الزيلعي عدم الولاية لمن ذكر بأنهم لا ولاية لهم على أنفسهم، فأولى أن لا يكون لهم ولاية على غيرهم، لأن الولاية على الغير فرع الولاية على النفس. وذكر السيد أبو السعود عن شيخه أن هذا نص في جواب حادثة سئل عنها هي: أن الحاكم قرر طفلاً في مشيخة على خيرات يقبض غلاتهم وتوزيع الخبز عليهم والنظر في

في حق مسلمة) تريد التزويج (وولد مسلم) لعدم الولاية (وكذا لا ولاية) في نكاح

مصالحهم، فأجاب ببطلان التولية أخذاً عما ذكر. قوله: (في حق مسلمة) قيد في قوله «وإسلام». قوله: (تريد التزويج) أشار إلى أن المراد بالمسلمة البالغة، حيث أسند التزويج إليها لثلاثاً يتكرر مع قوله «وولد مسلم» فإن الولد يشمل الذكر والأنثى، وحيث أنه ليس في كلامه ما يقتضي أن للكافر التصرف في مال بنته الصغيرة المسلمة، فافهم، وعلى ما قلنا فإذا زوجت المسلمة نفسها وكان لها أخ أو عم كافر، فليس له حق الاعتراض لأنه لا ولاية له، وقد مر أول الباب أن من لا ولي لها فنكاحها صحيح نافذ مطلقاً: أي ولو من غير كفاء، أو بدون مهر المثل؛ وإذا سقطت ولاية الأب الكافر على ولده المسلم، فبالأولى سقوط حق الاعتراض على أخته المسلمة أو بنت أخيه، ويؤخذ من هذا أيضاً أنه لو كان لها عصابة رقيق أو صغير فهي بمنزلة من لا عصابة لها، لأنه لا ولاية لهما كما علمته وقد مرنا ذلك أول الباب. قوله: (لعدم الولاية) تعليل للمفهوم: يعني أن الكافر لا يلي على المسلمة وولده المسلم لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(١) [النساء ١٤١] ح. قوله: (وكذا الخ) عطف على المفهوم الذي قلناه،

(١) أما حكم ولاية الكافر على موليته المسلمة: -

فلا خلاف بين الفقهاء على عدم ثبوتها، فقد اتفقوا على اشتراط اتحاد الدين في ولي التزويج، ومعنى ذلك أنه لو كانت المسلمة التي يراد عقد نكاحها لها أخوان شقيقان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم، فالولاية في التزويج للأخ المسلم، وعليه فليس للأب الكافر على ابنه المسلم ولاية تزويج لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ والولاية طريق إلى ذلك، وأيضاً لقوله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ فالآية الأولى وإن نفت الحجج في الآخرة من الكافرين على المسلمين إلا أنها بعمومها أفادت نفي السبيل مطلقاً، والآية الثانية نفت اتحاد غير المسلمين أولياء، فأفادت انقطاع الولاية بينهما.

ولأن النبي ﷺ لما أراد أن يتزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان، وكان أبوها وأخوها كافرين، وهي مسلمة مهاجرة بأرض الحيشة أمر أن يزوجه من هو أقرب من عصباتها من المسلمين، وهو خالد بن سعد بن العاص، فدل ذلك على أن الكفر مسقط لولاية التزويج ونقل لها إلى الولي المسلم، وإن كانت قرابته أبعد من الكافر.

ولأن الميراث لم يثبت بين المسلم والكافر بناء على نفي الولاية لكونها سببه، فلا يزوج الكافر مسلمة لأن الولاية إنما شرعت لطلب الحظ للزوجة، واختلاف الدين مانع من ذلك.

على أن الكافر ليست له ولاية أصلاً بمعنى أن كفره سلب عنه ولايته. بل المراد أن الكفر سالب لولاية الكافر على المسلم، فأصل الولاية ثابت له، فهو أهل للتزويج على مثله، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾.

لكن ولايته على مثله إنما تكون صحيحة متى لم تكن هناك شائبة ولاية على مسلم. كما لو زوّج الكتابي ابنته أو أخته من مسلم، وياشر بنفسه عقد زواجها له، فالفقهاء قد اختلفوا في ذلك.

فذهب الحنفية والمالكية والشافعية، وأبو الخطاب من الحنابلة إلى القول بصحة العقد، وذهب القاضي من الحنابلة إلى القول بأن الحاكم يزوجه؛ لأن أحمد قال: «لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح مسلم» =

ولا في مال (لمسلم على كافرة إلا) بالسبب العام (بأن يكون) المسلم (سيد أمة كافرة أو سلطاناً) أو نائبه أو شاهداً (وللكافر ولاية على كافر مثله) اتفاقاً (فإن لم

والمسألة المذكورة في الفتح والبحر. قوله: (لمسلم على كافرة) لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(١) [الأنفال ٧٣]. قوله: (إلا بالسبب العام الخ) قالوا: وينبغي أن يقال: إلا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطاناً قال السروجي: لم أر هذا الاستثناء في كتب أصحابنا، وإنما هو منسوب إلى الشافعي ومالك. قال في المعراج: وينبغي أن يكون مراداً، ورأيت في موضع معزواً إلى المبسوط الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة، فقد ذكر معنى ذلك الاستثناء اهـ بحر وفتح ومقدسي. وذكره الزيلعي أيضاً بصيغة «وينبغي»، وتبعه في الدرر والعيني وغيره، فحيث عبروا كلهم عنه بصيغة «ينبغي» كان المناسب للمصنف أن يتابعهم لثلاث يوهم أنه منقول في كتب المذهب صريحاً، وقول المعراج: ورأيت في موضع الخ، لا يكفي في النقل لجهالته، فافهم. قوله: (أو نائبه) أي كالقاضي، فله تزويج اليتيمة الكافرة حيث لا ولي لها وكان ذلك في منشوره. نهر. قوله: (فإن لم يكن

= ووجه قول الجمهور هو أن العقد من الكتابي متى كان ولياً للكتابية يصح من غير نظر للزوج؛ ولأن الكتابية امرأة لها ولي مناسب تولى عقد نكاحها، فلا يجوز أن يليها غيره فيصح كما لو زوجها من ذمي. ونوقش:

بأن هذا يستقيم إذا لم يكن الزوج مسلماً أما إذا كان كما هو فرض المسألة تسقط الولاية والحالة هذه نظراً لثابته الولاية على المسلم؛ لأنه الزوج.

ووجه قول القاضي: قد يكون. أن الكافر متى ولي عقد نكاح ابنته الكافرة على مسلم ثبت له ولاية تبعية على المسلم؛ لأن له في تلك الحال حق خاصته ومطالبته بحقوق الزوجية، وفيه إثبات للسبيل من الكافر على المسلم منع منه الشارع الحكيم.

وما سبق يترجم مذهب القاضي الحنبلي، الشرح الكبير للدسوقي ٢٣١/٧، الوجيز للغزالي ٦/٢، الزيلعي ١٢٥/٢.

(١) فقد وقع الخلاف بين الفقهاء، في تزويج الولي المسلم ابنته الكافرة. فذهب الجمهور منهم إلى عدم جواز ذلك كما لم يثبت العكس. وذهب ابن وهب من المالكية إلى أن المسلم له الولاية على الكافرة، وله حق إنكاحها من المسلم، أما من النصراني فلا تثبت له الولاية.

استدل ابن وهب: بأن المسلم لأفضليته على الكافر يثبت له من الولاية ما لا يثبت للكافر؛ ولأن المسلم إذا عقد وقع عقده صحيحاً غير فاسد، فلا ينقض دل على ذلك الاتفاق على أن السيد إذا كان مسلماً ثبتت له ولاية التزويج لأمة النصرانية من مسلم أو نصراني.

ونوقش: . بأن الأفضلية لا دخل لها في الأحكام، وإنما يملك السيد تزويج عموكته الكافرة نظراً لملكة رقبته، فلم يؤثر اختلاف الدين في ذلك؛ ولأنها أشبه بولاية مال، فلم يمنعها إسلام السيد كما في سائر الولايات.

واحتج الجمهور على مذهبهم بما سبق من نفي الولاية بين المسلمين والكفار فلا حاجة إلى إعادة ذكرها. والراجح مذهب الجمهور لضعف دليل ابن وهب.

يكن عصبه فالولاية للأم) ثم لأم الأب، وفي القنية عكسه؛ ثم البنت، ثم لبنت الابن، ثم لبنت البنت، ثم لبنت بنت البنت، وهكذا، ثم للجد الفاسد (ثم للأخت لأب وأم، ثم للأخت لأب ثم لولد الأم)

عصبة) أي لا نسبية ولا سببية كالعنتق ولو أنثى وعصباته كما مر فيقدمان على الأم. بحر. قوله: (فالولاية للأم النخ) أي عند الإمام ومعه أبو يوسف في الأصح. وقال محمد: ليس لغير العصباء ولاية، وإنما هي للحاكم، والأول الاستحسان والعمل عليه، إلا في مسائل ليست هذه منها، فما قيل من أن الفتوى على الثاني غريب لمخالفته المتون الموضوعة لبيان الفتوى من البحر والنهر. قوله: (وفي القنية عكسه) أي حيث قال فيها: أم الأب أولى في الترجيح من الأم. قال في النهر: وحكي عن خواهر زاده وعمر النسفي تقديم الأخت على الأم لأنها من قوم الأب، وينبغي أن يخرج ما في القنية على هذا القول اهـ: أي فيكون من اعتبر ترجيح الجدة قوم الأب يرجح الأب والأخت على الأم، لكن المتون على ذكر الأم عقب العصباء، وعلى ترجيحها على الأخت، وصرح في الجوهرة بتقديم الجدة على الأخت فقال: وأولاهم الأم، ثم الجدة ثم الأخت لأب وأم. ونقل ذلك الشرنبلالي في رسالة عن شرح النقاية للعلامة قاسم وقال: ولم يقيد الجدة بكونها لأم أو لأب، غير أن السياق يقتضي أنها الجدة لأم، وهل تقدم أم الأب عليها أو تتأخر عنها أو تزامنها؟ كلام القنية يدل على الأول، وسياق كلام الشيخ قاسم يدل على الثاني، وقد يقال بالمزامهة لعدم المرجح وقد يقال: قرابة الأب لها حكم العصبية فتقدم أم الأب، فليتأمل اهـ ملخصاً.

قلت: وجزم الخير الرملي بهذا الأخير فقال: قيد في القنية بالأم لأن الجدة لأب أولى من الجدة لأم قولاً واحداً، فتحصل بعد الأم أم الأب ثم أم الأم ثم الجد الفاسد. تأمل اهـ. وما جزم به الرملي أفتى به في الحامدية، ثم هذا في الجدة الصحيحة، أما الفاسدة فهي كالجد الفاسد كما يأتي قريباً. قوله: (ثم للبنت) إلى قوله «وهكذا» ذكر ذلك في أحكام الصغار عقب الأم، وكذا في فتح القدير والبحر؛ وقول الكنز: وإن لم تكن عصبه فالولاية للأم، ثم للأخت النخ يخالفه، لكن اعتذر عنه في البحر بأنه لم يذكره في الكنز بعد الأم لأنه خاص بالمجنون والمجنونة. قوله: (وهكذا) أي إلى آخر الفروع وإن سفلوا ط. قوله: (ثم للجد الفاسد) قال في البحر: وظاهر كلام المصنف أن الجد الفاسد مؤخر عن الأخت لأنه من ذوي الأرحام، وذكر المصنف في المستصفي أنه أولى منها عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف والولاية لهما كما في الميراث، وفي فتح القدير: وقياس ما صحح في الجد والأخ من تقدم الجد تقدم الجد الفاسد على الأخت اهـ. فثبت بهذا أن المذهب أن الجد الفاسد بعد الأم قبل

الذكر والأنثى سواء، ثم لأولادهم (ثم للنوي الأرحام) العمات، ثم الأخوال، ثم الخالات، ثم بنات الأعمام. وبهذا الترتيب أولادهم. شمئني. ثم مولى الموالاة (ثم للسلطان ثم لقاض نص له عليه في منشوره) ثم لنوابه إن فوض له ذلك، وإلا

الأخت اهـ كلام البحر: أي بعد الأم في غير المجنون والمجنونة وإلا فالبنات مقدمة عليه كما علمت.

قلت: ووجه القياس أنهم ذكروا أن الأصح أن الجد أبا الأب مقدم على الأخ عند الكل وإن اشترك مع الأخ في الميراث عندهما، لأن الولاية تبتنى على الشفقة وشفقة الجد فوق شفقة الأخ، وحيث يقاس عليه الجد الفاسد مع الأخت فإن شفقتة أقوى منها، ومقتضى هذا أن الجدة الفاسدة كذلك، ويؤيد هذا أن من أقر الجد الفاسد عن الأخت ذكر معه الجدة الفاسدة، وهو ما مشى عليه في شرح درر البحار حيث قال: وعند أبي حنيفة الأم، ثم الجدة الصحيحة، ثم الأخت لأبوين، ثم لأب، ثم الأخ، أو الأخت لأم، وبعد هؤلاء ذوو الأرحام كجد وجدة فاسدين، ثم ولد أخت لأبوين أو لأب، ثم ولد أخ لأم، ثم العممة، ثم الخال، ثم الخالة، ثم بنت العم، وهكذا الأقرب فالأقرب اهـ. قوله: (الذكر والأنثى سواء) لأن لفظ الولد يشملهما، ومقتضاه أنهما في رتبة واحدة، ومقتضى تقديم الأخوال على الخالات كما يأتي أن يقدم الذكر هنا. تأمل. قوله: (ثم لأولادهم) أي أولاد الأخت الشقيقة، وما عطف عليها على هذا الترتيب كما علمته مما نقلناه عن شرح درر البحار، وهذا يغني عنه ما بعده. قوله: (وبهذا الترتيب أولادهم) فيقدم أولاد العمات، ثم أولاد الأخوال ثم أولاد الخالات، ثم أولاد بنات الأعمام ط. قوله: (ثم مولى الموالاة) هو الذي أسلم على يده أبو الصغيرة، ووالاه لأنه يرث له ولاية التزويج. فتح: أي إذا كان الأب مجهول النسب ووالاه على أنه إن جنى يعقل عنه، وإن مات يرثه، وقد تكون الموالاة من الطرفين كما سيأتي في بابها، وشمل المولى الأنثى كما في شرح الملتقى. قوله: (ثم لقاض) نقل القهستاني عن النظم أنه مقدم على الأم.

قلت: وهو خلاف ما في المتن وغيرها. قوله: (نص له عليه في منشوره) أي على تزويج الصغار، والمنشور ما كتب فيه السلطان: إني جعلت فلاناً قاضياً ببلدة كذا، وإنما سمي به لأن القاضي ينشره وقت قراءته على الناس. قهستاني. وسنذكر في مسألة عضل الأقرب أنه تثبت الولاية فيها للقاضي وإن لم يكن في منشوره: أي لأن ثبوت الولاية له فيها بطريق النيابة عن الأب أو الجد الفاضل دفعاً لظلمه، فيحمل ما هنا على ما إذا ثبتت له الولاية لا بطريق النيابة. تأمل. قوله: (إن فوض له ذلك وإلا فلا) أي وإن لم يفوض للقاضي التزويج فليس لثابته ذلك لما في المجتبى، ثم للقاضي ونوابه إذا

لا (وليس للموصي) من حيث هو وصي (أن يزوج) اليتيم (مطلقاً) وإن أوصى إليه الأب بذلك على المذهب؛ نعم لو كان قريباً أو حاكماً يملكه بالولاية كما لا يخفى.

فروع: وليس للقاضي تزويج الصغيرة من نفسه ولا ممن لا تقبل شهادته له

شرط في عهده تزويج الصغار والصغائر وإلا فلا اهـ. قال في البحر: هذا بناء على أن هذا الشرط إنما هو في حق القاضي دون نوابه، ويحتمل أن يكون شرطاً فيهما، فإذا كتب في منشور قاضي القضاة، فإن كان ذلك في عقد نائبه منه ملكه النائب وإلا فلا، ولم أر فيه متقولاً صريحاً اهـ.

وحاصله: أن القاضي إذا كان مأذوناً بالتزويج، فهل يكفي ذلك لثبته أم لا بد أن ينص القاضي لثبته على الإذن؟ وعبارة المجتبي محتمة والمتبادر منها الأول، وما في النهر من أن ما في المجتبي لا يفيد عدم اشتراط تفويض الأصيل للنائب كما توهمه في البحر رده الرملي بأن كيف لا يفيد مع إطلاقه في نوابه والمطلق يجري على إطلاقه، ووجهه أنه لما فوّض لهم ما له ولايته التي من جملتها التزويج صار ذلك من جملة ما فوض إليهم، وقد تقرر أنهم نواب السلطان حيث أذن له بالاستنابة عنه فيما فوضه إليه اهـ. فافهم.

قلت: لكن قال في أنفع الوسائل: الظاهر أن النائب الذي لم ينص له القاضي على تزويج الصغائر لا يملكه، لأنه إن كان فوّض إليه الحكم بين الناس فهذا مخصوص بالرافعات، فلا يتعدى إلى التزويج، وكذا لو قال: استنتبتك في الحكم، أما لو قال له: استنتبتك في جميع ما فوّض إلى السلطان فيملكه حيث عمم له اهـ. ثم استظهر في أنفع الوسائل أنه إذا ملك التزويج ليس له أن يأذن به لغيره، لأنه بمنزلة الوكيل عن القاضي، وليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن اهـ. قوله: (وليس للموصي) أي وصي الصغير والصغيرة. بحر، واليتيم بوزن فعيل يشملهما. قوله: (من حيث هو وصي) احترز به عن قوله الآتي «نعم لو كان قريباً أو حاكماً يملكه الخ». قوله: (على المذهب) لأنه المذكور في كافي الحاكم مطلقاً، حيث قال: والوصي ليس بولي، وزاد في الذخيرة: سواء أوصى إليه الأب بالنكاح أو لا؛ نعم في الخانية وغيرها: أنه روى هشام في نوادره عن أبي حنيفة أنه له ذلك إن أوصى إليه به، وعليه مشى الزيلعي. قال في البحر، وهي رواية ضعيفة. واستثنى في الفتح ما لو عين له الموصي في حياته رجلاً، واعترضه في البحر بأنه إن زوجها من المعين في حياة الموصي فهو وكيل لا وصي وإن بعد موته، فقد بطلت الوكالة وانتقلت الولاية للحاكم عند عدم قريب. قوله: (يملكه) أي التزويج إن لم يكن أحد أولى منه. قوله: (ولا ممن لا تقبل شهادته له) كأصوله وإن

كما في معين الحكام، وأقره المصنف، وبه علم أن فعله حكم وإن عري عن الدعوى.

صغيرة زوجت نفسها ولا ولي ولا حاكم ثمة توقف، ونفذ بإجازتها بعد

علوا وفروعه وإن سفلوا ط. قوله: (علم أن فعله حكم) أي وليس له أن يحكم لنفسه لأنه في حق نفسه رعية، وكذا السلطان. ح عن الهندية.

تنبيه: أفتى ابن نجيم بأن القاضي إذا زوّج يتيمة ارتفع الخلاف، فليس لغيره نقضه، أي لما علمت من أن ذلك حكم منه، ثم رأيت ما أفتى به في أنفع الوسائل. قوله: (وإن عري عن الدعوى) وأما قولهم: شرط نفاذ القضاء في المجتهديات أن يصير الحكم حادثة تجري فيه خصومة صحيحة عند القاضي من خصم على خصم، فالظاهر أنه محمول على الحكم القولي، أما الفعلي فلا يشترط فيه ذلك توفيقاً بين كلامهم. نهر.

قلت: وكذا القضاء الضمني لا تشترط له الدعوى والخصومة، كما إذا شهدا على خصم بحق وذكر اسميه واسم أبيه وجده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمناً وإن لم يكن في حادثة النسب، وكذا لو شهدا بأن فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلاناً في كذا على خصم منكر وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما، ونظيره الحكم بثبوت الرضائية في ضمن دعوى الوكالة، وتماهه في قضاء الأشباه. قوله: (صغيرة زوجت نفسها) أي من كفف بمهر المثل، وإلا لم يتوقف، لأن الحاكم لا يملك العقد عليها بذلك فلا يملك إجازته، فكان عقداً بلا مجيز؛ نعم لو كان لها أب أو جد وزوّجت نفسها كذلك توقف، لأن له مجيزاً وقت العقد، لأن الأب والجد يملكان العقد بذلك، والصغيرة كالصغير لما في الخانية من أن الصغير لو تزوّج بالغة ثم غاب فتزوّجت آخر وكان الصبيّ أجاز بعد بلوغه العقد الذي باشره في صغره: فإن كانت الإجازة بعد العقد الثاني جاز الثاني لأنها تملك الفسخ قبل إجازته، وإن كانت قبله. فإن كان الأول بمهر المثل أو بغيره فاحش وللصغير أب أو جد نفذ بإجازة الصبيّ بعد بلوغه، وإلا فيجوز الثاني. قوله: (ولا حاكم ثمة) أي في موضع العقد. قوله: (توقف الخ) هذا قول بعض المتأخرين، ففي أحكام الصغار: فإن كانت في موضع لم يكن فيه قاض: إن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضي تلك البلدة ينعقد، ويتوقف على إجازة ذلك القاضي، وإلا فلا ينعقد. وقال بعض المتأخرين: ينعقد ويتوقف على إجازتها بعد البلوغ اهـ.

واستشكله في البحر بأنهم قالوا: كل عقد لا مجيز له حال صدوره فهو باطل لا يتوقف. ثم قال: التوقف فيه باعتبار أن مجيزه السلطان كما لا يخفى اهـ. وهذا مبني على كفاية كون ذلك المكان تحت ولاية السلطان وإن لم يكن تحت ولاية قاض، وعليه

بلوغها لأنه له مجيزاً وهو السلطان ولو زوّجها وليان مستويان قدم السابق، فإن لم يدر أو وقعا معاً بطلا (وللولي الأبعد التزويج بغيبة الأقرب) فلو زوّج الأبعد حال قيام الأقرب توقف على إجازته، ولو تحولت الولاية إليه لم يجز إلا بإجازته بعد

فبطلان العقد يتصور فيما إذا كان في دار الحرب أو البحر أو المفازة ونحو ذلك، بخلاف القرى والأمصار؛ ويدل عليه ما في الفتح في فصل الوكالة بالنكاح حيث قال: وما لا مجيز له: أي ما ليس له من يقدر على الإجازة يبطل كما إذا كانت تحته حرّة فزوجه الفضولي أمة أو أخت امرأته أو خامسة أو زوجه معتدة أو مجنونة أو صغيرة يتيمة في دار الحرب أو إذا لم يكن سلطان ولا قاض لعدم من يقدر على الإمضاء حالة العقد فوقع باطلاً اهـ. وسيأتي تمامه في آخر الباب الآتي. وقد أطلنا الكلام في تحريره هذه المسألة في تنقيح الفتاوى الحامدية من كتاب المأذون. قوله: (وليان مستويان) كأخوين شقيقين، فلو أحد الوليين أقرب من الآخر: فلا ولاية للأبعد مع الأقرب إلا إذا غاب غيبة منقطعة، فنكاح الأبعد يجوز إذا وقع قبل عقد الأقرب. بحر: أي يجوز على أحد القولين، وفيه كلام يأتي قريباً. قوله: (فإن لم يدر) ينبغي أنها لو بلغت وادعت أن أحدهما هو الأول يقبل لما في الفتح، ولو زوّجها أبوها وهي بكر بالغة بأمرها وزوجت هي نفسها من آخر فأيهما قالت هو الأول فالقول لها وهو الزوج، لأنها أقرت بملك النكاح له على نفسها، وإقرارها حجة تامة عليها وإن قالت: لا أدري الأول ولا يعلم من غيرها فرق بينهما، وكذا لو زوّجها وليان بأمرها اهـ. قوله: (وللولي الأبعد الخ) المراد بالأبعد من يلي الغائب في القرب كما عبر به في كافي الحاكم، وعليه فلو كان الغائب أبها ولها جد وعم، فالولاية للجد لا للعم. قال في الاختيار: ولا تنتقل إلى السلطان لأن السلطان وليّ من لا وليّ له، وهذه لها أولياء إذ الكلام فيه اهـ. ومثله في الفتح وغيره، وبه علم أنه ليس المراد بالأبعد هنا القاضي، وما في الشرنبلالية من أن المراد به القاضي دون غيره لأن هذا من باب دفع الظلم اهـ إنما قاله في المسألة الآتية: أي مسألة عضل الأقرب كما يأتي بيانه، ويدل عليه التعليل بدفع الظلم فإنه لا ظلم في الغيبة، بخلاف العضل فالاعتراض على الشرنبلالية بمخالفتها لإطلاق المتون ناشئ عن اشتباه إحدى المسألتين بالأخرى، فافهم. قوله: (حال قيام الأقرب) أي حضوره وهو من أهل الولاية، أما لو كان صغيراً أو مجنوناً جاز نكاح الأبعد. ذخيرة. قوله: (توقف على إجازته) تقدم أن البالغة لو زوجت نفسها غير كفاء، فللولي الاعتراض ما لم يرض صريحاً أو دلالة كقبض المهر ونحوه، فلم يجعلوا سكوتة إجازة، والظاهر أن سكوتة هنا كذلك فلا يكون سكوتة إجازة لنكاح الأبعد وإن كان حاضراً في مجلس العقد ما لم يرض صريحاً أو دلالة. تأمل. قوله: (ولو تحولت الولاية إليه) أي إلى الأبعد بموت

التحول. قهستاني وظهيرية (مسافة القصر) واختار في الملتقى ما لم ينتظر الكفء الخاطب جوابه، واعتمده الباقاني، ونقل ابن الكمال أن عليه الفتوى، وثمرة الخلاف فيمن اختفى في المدينة هل تكون غيبة منقطعة (ولو زوجها الأقرب حيث هو جاز) النكاح (على) القول (الظاهر) ظهيرية (ويثبت للأبعد)

الأقرب أو غيبته غيبة منقطعة ط. قوله: (مسافة القصر الخ) اختلف في حد الغيبة، فاختار المصنف تبعاً للكنز أنها مسافة القصر، ونسبه في الهداية لبعض المتأخرين والزليعي لأكثرهم، قال: وعليه الفتوى اه. وقال في الذخيرة: الأصح أنه إذا كان في موضع لو انتظر حضوره أو استطلاع رأيه فات الكفء الذي حضر فالغيبة منقطعة، وإليه أشار في الكتاب اه.

وفي البحر عن المجتبي والمبسوط: أنه الأصح، وفي النهاية: واختاره أكثر المشايخ وصححه ابن الفضل، وفي الهداية أنه أقرب إلى الفقه. وفي الفتح أنه الأشبه بالفقه، وأنه لا تعارض بين أكثر المتأخرين وأكثر المشايخ: أي لأن المراد من المشايخ المتقدمون، وفي شرح الملتقى عن الحقائق أنه أصح الأقاويل، وعليه الفتوى اه. وعليه مشى في الاختيار والنقاية، ويشير كلام النهر إلى اختياره، وفي البحر: والأحسن الإيتاء بما عليه أكثر المشايخ. قوله: (هل تكون غيبة منقطعة) أي فعلى الأول لا، وعلى الثاني نعم لأنه لم يعتبر مسافة السفر.

قلت: لكن فيه أن الثاني اعتبر فوات الكفء الذي حضر، فينبغي أن ينظر هنا إلى الكفء إن رضي بالانتظار مدة يرجى فيها ظهور الأقرب المختفي لم يميز نكاح الأبعد، وإلا جاز، ولعله بناء على أن الغالب عدم الانتظار. تأمل. قوله: (جاز على الظاهر) أي بناء على أن ولاية الأقرب باقية مع الغيبة. وذكر في البدائع اختلاف المشايخ فيه. وذكر أن الأصح القول بزوالها وانتقالها للأبعد. قال في المعراج وفي المحيط: لا رواية فيه، وينبغي أن لا يجوز لانقطاع ولايته، وفي المبسوط: لا يجوز، ولئن سلم فلائها انتفعت برأيه، ولكن هذه منفعة حصلت لها اتفاقاً فلا يبنى الحكم عليها اه. وكذا ذكر في الهداية المنع ثم التسليم بقوله، ولو سلم قال في الفتح: وهذا تنزل، وأيد الزليعي المنع من حيث الرواية والمنقول، وكذا في البدائع وبه علم أن قوله «على الظاهر» ليس المراد به ظاهر الرواية لما علمت من أنه لا رواية فيه، وإنما هو استظهار لأحد القولين؛ وقد علمت ما فيه من تصحيح خلافه ومنعه في أكثر الكتب.

أقول: ويؤخذ من هذا بالأولى أن الوليين لو كانا في درجة واحدة كأخوين غاب أحدهما فزوج في مكانه لا يصح، لأنه إذا لم يصح تزويج الأقرب الغائب مع حضور

من أولياء النسب. شرح وهبانية. لكن في القهستاني عن الغيائي: لو لم يزوج الأقرب زوج القاضي عند فوت الكفاء (التزويج بعرض الأقرب) أي بامتناعه عن التزويج إجماعاً. خلاصة

الأبعد، فعدم صحة العقد من الغائب مع حضور المساوي له في الدرجة بالأولى، فتأمل. قوله: (من أولياء النسب) احتراز عن القاضي. قوله: (لكن في القهستاني الخ) استدراك على ما في شرح الوهبانية، فإنه لم يستند فيه إلى نقل صريح، وهذا منقول، وقد أيدته أيضاً العلامة الشرنبلالي في رسالة سماها [كشف المعضل فيمن عضل] بأنه ذكر في أنفع الوسائل عن المنتقى: إذا كان للصغيرة أب امتنع عن تزويجها لا تنتقل الولاية إلى الجد بل يزوجه القاضي، ونقل مثله ابن الشحنة عن الغاية عن روضة الناطقي، وكذا المقدسي عن الغاية والنهر عن المحيط والفيض عن المنتقى، وأشار إليه الزيلعي حيث قال في مسألة تزويج الأبعد بغيبة الأقرب: وقال الشافعي: بل يزوجه الحاكم اعتباراً بعضله، وكذا قال في البدائع: إن نقل الولاية إلى السلطان: أي حال غيبة الأقرب باطل، لأنه ولي من لا ولي له، وها هنا لها ولي أو وليان، فلا تثبت الولاية للسلطان إلا عند العضل من الولي ولم يوجد، وكذا فرق في التسهيل بين الغيبة والعضل، بأن العاضل ظالم بالامتناع فقام السلطان مقامه في دفع الظلم، بخلاف الغائب خصوصاً للحج ونحوه في شرح المجمع الملكي، وبه أفتى العلامة ابن الشلبي، فهذه النقول تفيد الاتفاق عندنا على ثبوتها بعرض الأقرب للقاضي فقط. وأما ما في الخلاصة والبزازية من أنها تنتقل إلى الأبعد بعرض الأقرب إجماعاً، فالمراد بالأبعد القاضي لأنه آخر الأولياء، فالتفضل على بابه، وحمله في البحر على الأبعد من الأولياء ثم ناقض نفسه بعد سطرين بقوله: قالوا وإذا خطبها كفاء وعضلها الولي تثبت الولاية للقاضي نيابة عن العاضل فله التزويج وإن لم يكن في منشوره اهـ. هذا خلاصة ما في الرسالة، ثم ذكر فيها عن شرح المنظومة الوهبانية عن المنتقى ثبوت الخيار لها بالبلوغ إذا تزوجه القاضي بعرض الأقرب، وعن المجرد عدم ثبوته، والأول على أن تزويجه بطريق الولاية، والثاني على أنه بطريق النيابة عن العاضل، رجحه الشرنبلالي دفعاً للتعارض في كلامهم.

قلت: ويؤيده ما مر عن التسهيل، وكذا قولهم فله التزويج وإن لم يكن في منشوره، ويجب حمل ما في المجرد على ما إذا كان العاضل الأب أو الجد لثبوت الخيار لها عند تزويج غيرها فكذا عند تزويج القاضي نيابة عنه. قوله: (عند فوت الكفاء)، أي خوف فوته. قوله: (أي بامتناعه عن التزويج) أي من كفاء بمهر المثل، أما لو امتنع

(ولا يبطل تزويجه) السابق (بعود الأقرب) لحصوله بولاية تامة (وولي المجنونة) والمجنون ولو عارضاً (في النكاح) أما التصرف في المال فلأب اتفاقاً (ابنها) وإن سفل (دون أبيها) كما مر. والأولى أن يأمر الأب به ليصح اتفاقاً (ولو أقر ولي

عن غير الكفاء، أو لكون المهر أقل من مهر المثل، فليس بعاضل ط. وإذا امتنع عن تزويجها من هذا الخاطب الكفاء ليزوجها من كفاء غيره استظهر في البحر أنه يكون عاضلاً. قال: ولم أره، وتبعه المقدسي والشرنبلالي، واعترضه الرملي بأن الولاية بالعضل تنتقل إلى القاضي نيابة لدفع الإضرار بها ولا يوجد مع إرادة التزويج بكفاء غيره اه.

قلت: وفيه نظر لأنه متى حضر الكفاء الخاطب لا ينتظر غيره خوفاً من فوته، ولذا تنتقل الولاية إلى الأبعد عند غيبة الأقرب كما مر؛ نعم لو كان الكفاء الآخر حاضراً أيضاً وامتنع الولي الأقرب من تزويجها من الكفاء الأول لا يكون عاضلاً، لأن الظاهر من شفقتة على الصغيرة أنه اختار لها الأنفع لتفاوت الأكفاء أخلاقاً وأوصافاً، فيتعين العمل بهذا التفصيل والله أعلم. قوله: (ولا يبطل تزويجه) يعني تزويج الأبعد حال غيبة الأقرب، وكان الأولى ذكر هذه الجملة بعد قوله «وللولي الأبعد التزويج بغيبة الأقرب» ط. قوله: (السابق) أي المتحقق سبقه احترازاً عما لو زوجها الغائب الأقرب قبل الحاضر الأبعد، فإنه يلغو المتأخر وعما لو جهل التاريخ، فإنه يبطل كل منهما بناء على بقاء ولاية الغائب، أما على ما قدمناه من انقطاع ولايته فالعبرة لعقد الحاضر مطلقاً. قوله: (وولي المجنونة والمجنون) أي جنوناً مطبقاً وهو شهر كما مر، وتقدم أيضاً أن المعتوه كذلك. قوله: (ولو عارضاً) أي ولو كان جنونهما عارضاً بعد البلوغ، خلافاً لزفر. قوله: (اتفاقاً) أي بخلاف الولاية في النكاح ففيها خلاف محمد فهي عنده للأب أيضاً وعندهما للابن. قوله: (دون أبيها) أي أو جدّها، والمراد أنه إذا اجتمع في المجنونة أبوها أو جدّها مع ابنها، فالولاية للابن عندهما دون الأب أو الجد كما في الفتح، وكذا لباقي العصباء تزويجها على الترتيب المارّ فيهم كما قدمناه عن الفتح. قوله: (ولو أقر الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي الجامع لكتب ظاهر الرواية: وإذا أقر الأب أو غيره من الأولياء على الصغير أو الصغيرة بالنكاح أمس لم يصدق على ذلك إلا بشهود أو تصديق منهما بعد الإدراك في قول أبي حنيفة، وكذلك إقرار المولى على عبده، وأما إقراره على أمته بمثل ذلك فجائز مقبول. وقال أبو يوسف ومحمد: الإقرار من هؤلاء في جميع ذلك جائز، وكذلك إقرار الوكيل على موكله على هذا الاختلاف اه. ونقل في الفتح عن المصنف عن أستاذه الشيخ حميد الدين: أن الخلاف فيما إذا أقر الولي في صغرهما، وإليه أشار في المبسوط وغيره قال: وهو الصحيح،

صغير أو صغيرة أو) أقر (وكيل رجل أو امرأة أو مولى لعبد النكاح لم ينفذ) لأنه إقرار على الغير، بخلاف مولى الأمة حيث ينفذ إجماعاً، لأن منافع بضعها ملكه (إلا أن يشهد الشهود على النكاح) بأن ينصب القاضي خصماً عن الصغير، حتى ينكر فتقام البينة عليه (أو يدرك الصغير أو الصغيرة فيصدق) أي الولي المقر (أو يصدق الموكل أو العبد) عند أبي حنيفة، وقالوا: يصدق في ذلك، وهذه المسألة مخرجة من قولهم: من ملك الإنشاء ملك الإقرار به، ولها نظائر.

وقيل فيما إذا بلغها وأنكرا فأقرّ الولي، أما لو أقر في صغرهما يصح اتفاقاً، واستظهره في الفتح، وقد علمت أن الأول ظاهر الرواية وأنه الصحيح. قوله: (بخلاف مولى الأمة) أي إذا ادعى رجل نكاحها فأقرّ له مولاها يقضي به بلا بينة، وتصديق. درر: أي لو عتقت لا يحتاج إلى تصديقها، ومقتضى تعليل الشارح أنه لا يصح إقراره عليها بعد العتق. قوله: (بأن ينصب القاضي الخ) أي لأن الأب مقرّ، والصغير لا يصح إنكاره، ولا بد في الدعوى من خصم فينصب عنه خصماً حتى ينكر فتقام عليه البينة، فيثبت النكاح على الصغير. أفاده في الفتح. قوله: (أي الولي المقرّ) بالنصب تفسيراً للضمير المنصوب. قوله: (أو يصدق) بالنصب عطفاً على يدرك، وقوله «الموكل أو العبد» مرفوعان على الفاعلية والمفعول محذوف: أي يصدق الموكل الوكيل أو العبد المولى. قوله: (وقالا يصدق في ذلك) أي يصدق المقرّ في جميع فروع هذه المسألة السابقة مثل إقرار المولى على أمته كما سمعت التصريح به في عبارة الكافي، ومثله في البدائع، فافهم. قوله: (وهذه المسألة) أي مسألة عدم قبول الإقرار من ولي الصغير أو الصغيرة، ومن الوكيل ومولى العبد مخرجة: أي مستثناة على قول الإمام من قاعدة من ملك إنشاء عقد ملك الإقرار به، كالمولى إذا أقرّ بالفيء في مدة الإيلاء وزوج المعتدة إذا قال في العدة راجعتك، وهو وجه قولهما بالقبول هنا كما في إقراره بتزويج أمته، ووجه قول الإمام حديث: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشُهُودٍ»^(١) وأنه إقرار على الغير فيما لا يملكه، وتمامه في البدائع، وعلى ما استظهره في الفتح في مسألة الصغيرين، فهي داخله في مفهوم القاعدة، على قول الإمام لأنه لا يملك الإنشاء حال بلوغهما فلا يملك الإقرار، وعلى قولهما تكون خارجة عن القاعدة. قوله: (ملك الإقرار به) الأولى حذف به لعدم مرجع الضمير وإن علم من المقام، لأن المعنى من ملك إنشاء شيء ملك الإقرار به ط. قوله: (ولها نظائر) كإقرار الوصي بالاستدانة على اليتيم لا يصح، وإن ملك إنشاء الاستدانة. بحر عن المبسوط. وكما لو وكله بعقود عبد بعينه فقال الوكيل: أعتقته أمس

(١) قال الحافظ ابن حجر: لم أره بهذا اللفظ الدراية ٥٥/٢. انظر نصب الراية ١٦٧/٣.

فرع : هل لوليّ مجنون ومعتوه تزويجه أكثر من واحدة؟ لم أره، ومنعه الشافعي وجوّزه في الصبيّ للحاجة.

بَابُ الْكَفَاءَةِ

وقد وكله قبل الأمس لا يصدق بلا بيته، وتماهه في حواشي الأشباه للحموي من الإقرار. قوله: (هل لوليّ مجنون الخ) البحث لصاحب النهر، والظاهر أن الصبيّ في حكم من ذكر ط. قوله: (ومنعه الشافعي) لاندفاع الضرورة بالواحدة. نهر. قوله: (وجوّزه) أي تزويج أكثر من واحدة.

بَابُ الْكَفَاءَةِ^(١)

لما كانت شرط اللزوم على الولي إذا عقدت المرأة بنفسها حتى كان له الفسخ

(١) اتفق جمهور العلماء على أن الكفاءة معتبرة في النكاح عدا الكرخي من الحنفية فإن صاحب المبسوط حكى عنه أنه لا يعتبرها في النكاح أصلاً.

وذكر هنا في رد المختار نقلاً عن العلامة نوح في حاشيته على الدر أن الإمام أبا الحسن الكرخي والإمام أبا بكر الجصاص وهما من أئمة العراق ومن تبعهما من المشايخ لا يعتبرونها في النكاح أصلاً ولو لم تثبت عندهما هذه الرواية عن أبي حنيفة لما اختارها. (أدلة الجمهور على أنها معتبرة).

استدل الجمهور على ذلك بالمتقول والمعقول:

المتقول:

قوله ﷺ: «ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء».

وقوله عليه السلام لعلي كرم الله وجهه: «ثلاث لا تؤخرها الصلاة إذا أتت والجنابة إذا احضرت والأيم إذا وجدت كفاً». وما روي عن عائشة رضي الله عنها وعن أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه: «لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء».

وهذا في حكم المرفوع لأنه أمر لا يعرف من جهة الرأي.

واستدل الشافعي رحمه الله بأن النبي ﷺ خير بريرة لما أعصت وكانت تحت عبد على ما حققه الشوكاني. جهة الدلالة: أنها كملت تحت ناقص فأنقضت كفاته لها.

وقال الشافعي رضي الله عنه: أصل الكفاءة في النكاح حديث بريرة.

ولكن هذا الحديث لا يدل على شيء من ذلك ولا سيما أنهم اتفقوا على أن الكفاءة تعتبر في مبدأ العقد لا غير وإنما يستدل به على إثبات خيار العتق مطلقاً حرراً أو عبداً ولذا لم يستدل به الحنفية على الكفاءة.

واستدل صاحب المبسوط بقصة الثلاثة الذين خرجوا للبراز يوم بدر وهم عتبة وشيبة والوليد فخرج إليهم ثلاثة من فتيان الأنصار فقالوا لهم انتسبوا فانتسبوا فقالوا أبناء قوم كرام ولكننا نريد أكفاءنا من قريش فأخبروا بذلك الرسول ﷺ فقال صدقوا. وأمر حمزة وعلياً وعبيدة بن الحارث رضوان الله عليهم بالخروج إليهم.

جهة الدلالة: أن النبي ﷺ لم ينكر عليهم طلب الكفاءة في القتال وهو ساعة فطلبها في النكاح وهو مقصود للمعمر أولى.